

Revista del **DEFENSOR**



Instituto de la Defensa
Pública Penal

15

Por una defensa oportuna, gratuita y eficaz

Revista del Defensor N.º 15

Guatemala, septiembre de 2022

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. Sergio Federico Morales
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

Instituto de la Defensa Pública Penal



Revista del Defensor N.º 15 Septiembre 2022

Por una defensa oportuna, gratuita y eficaz

Índice

Página	
7	Reflexiones sobre el Procedimiento especial de aceptación de cargos <i>M.A. Hugo Roberto Saavedra</i>
25	El Concurso aparente de leyes, concurso aparente de normas o Unidad de la ley <i>Dr. José Gustavo Girón Palles</i>
63	Legítima Defensa con fundamento en la recomendación general número 1 del Mecanismo de seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) desde la Perspectiva de Género <i>M.A. Jeydi Maribel Estrada Montoya</i>
87	El derecho a la intimidad y la privacidad en el proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal <i>Lic. Marco Tulio Payes Reyes</i>
101	La defensa técnica y los Derechos Humanos de la población LGBTIQ+ en Guatemala <i>M.A. Edgar Estuardo Melchor Solórzano</i>
123	La necesidad de modificación del Artículo 203 constitucional en reconocimiento del Sistema Jurídico Maya y la función jurisdiccional de las autoridades indígenas <i>Licda. Ana Eugenia Ávila Pérez</i>
149	La aplicación de la prisión provisional y los Derechos Humanos del sindicado en los departamentos que no cuentan con juzgados de Primera instancia de turno <i>Lic. Carlos Enrique López de León</i>

Página

179

Situación actual de los adolescentes en conflicto con la ley penal en Guatemala

M.Sc. Carlos Ernesto Molina Obregón

207

El delito de Defraudación Tributaria frente a la Teoría General del Delito

M.Sc. Herbert Rocael Girón Lemus

231

El delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas vs. Principio de proporcionalidad

M.Sc. Jorge Emmanuel Méndez Fuentes

261

La defensa penal con pertinencia cultural en la etapa de impugnaciones

Dra. Lesbia Marleny Sis Chén

285

La importancia del alegato de apertura en el debate

Licda. Sheyla Elizabeth García Morales

303

Control social y percepción ciudadana

Dr. Luis Enrique Quiñonez Zeta

327

Análisis desde el funcionalismo de la situación jurídica de las personas acusadas de tráfico ilegal de personas

M.Sc. José Miguel Cifuentes Cifuentes

345

Defensa Pública Penal y personal institucional

M.A. Samuel Villalta Aguilar

369

Principios constitucionales e interrogatorio al sindicado en la audiencia de primera declaración

M.Sc. Reyna Isabel Villatoro Rodríguez

Editorial

El Director General del Instituto de la Defensa Pública Penal se congratula en presentar la decimoquinta edición de la *Revista del Defensor*, la que compila temáticas sustantivas y procesales en materia penal, que reproducen experiencias de los defensores públicos plasmadas en artículos inéditos, que vienen a contribuir en la formación y actualización de los defensores públicos en aspectos teóricos, legislación y jurisprudencia, privilegiando las buenas prácticas forenses y sobresale la consejería por los autores de líneas estratégicas en el abordaje de casos citados en los artículos, con fines de ilustrar cómo deben actuar los defensores y defensoras en situaciones análogas, por lo que esas vivencias brinda valía a la presente revista.

La tarea de redactar un artículo es compleja y ardua, conlleva el compromiso del autor desde realizar una investigación bibliográfica y seleccionar lecturas que fortalezcan la propuesta inicial del tema hasta representar las ideas intelectivas centrales del pensamiento crítico en el artículo, con la exigencia de que sean comprensivas a efecto de que el mensaje llegue al lector con claridad. Ese es el desafío a superar por los articulistas conjugado con temas de interés para los defensores públicos, reiterando que el contenido de la *Revista del Defensor* provee aportes significativos en el planteamiento de temas de actualidad que se presentan en el día a día del que hacer del defensor público.

Una prioridad de la actual administración es impulsar y fortalecer la formación académica de las defensoras y los defensores públicos, con incidencia en una mejora continua en la profesionalización de las competencias, habilidades y destrezas de los defensores públicos, que permita optimizar una litigación estratégica, tanto sustantiva como adjetiva penal, que redunde en la prestación de un servicio de defensa oportuno, gratuito y eficaz, en favor de los usuarios del Instituto de la Defensa Pública Penal.

Motiva a Dirección General continuar apoyando la publicación de la Revista del Defensor en su edición quince, la cual es un legado académico para los defensores públicos que se extiende a otros profesionales del sector justicia, del segmento de estudiantes de la carrera de Derecho y demás interesados que conforman la comunidad de penalistas.

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.

Revista del
DEFENSOR

Reflexiones sobre el Procedimiento especial de aceptación de cargos

M.A. Hugo Roberto Saavedra

De momento este procedimiento especial de aceptación de cargos es novedoso y ha generado diversos argumentos unos en favor otros en contra, pero es ley vigente y ya se está utilizando por defensores públicos, ello motiva a realizar algunas reflexiones sobre esta herramienta procesal, que debe utilizarse con mesura, pues si no existen pruebas incriminatorias en contra del procesado no debiera recurrirse a la aceptación de cargos, pero esa es una evaluación y decisión del defensor en proponer y explicar este procedimiento al procesado.

Este procedimiento, es una salida alterna al proceso penal común, que tiene sus propias lógicas y no es de aplicación general, tal como lo indica el tercer considerando del Decreto número 10-2019 del Congreso de la República de Guatemala, por lo que se infiere que es una excepción al procedimiento común y tal como lo plasmó el legislador en la referida ley, la finalidad del mismo es realizar una justicia pronta en la resolución del conflicto criminalizado, con un enfoque humanista y victimológico para los sujetos procesales (víctima-victimario), por ello es menester estudiar ésta herramienta, para comprender su operatividad y utilizarla en forma estratégica por los efectos que produce al condenar a la persona solicitante, procedimiento que está regulado en el Artículo 491Bis, del Código procesal penal (CPP) y subsiguientes preceptos.

Dos premisas fundamentales a tener presente en este procedimiento: a) El libre albedrío del procesado, que, parafraseando a Kant, expone que la persona humana está dotada de razón y voluntad, son seres autónomos, por lo que la decisión de aceptar los cargos es una libre determinación derivada de la dignidad y es un derecho del peticionario, del procesado y no del

fiscal, por lo que no es una auto incriminación pues es un acto voluntario, reflexivo y consentido en la aceptación; b) El factor socioeconómico del solicitante del procedimiento. Este aspecto lo debe explorar el defensor, al constituir un requisito *sine que non* victimológico, debido a la exigencia de cumplir con la reparación digna y transformadora a favor de la víctima, caso contrario, no se podrá ejecutar la sentencia.

Los beneficios, *latu sensu*, de este procedimiento son significativos, pues busca la realización de una justicia pronta, con reducción de plazos, visibiliza a la víctima, se reduce la mora judicial y el procesado es beneficiado en obtener su libertad con rebajas de penas, incluso, en ciertos delitos que para el proceso común sería inimaginable y significa una renuncia a un juicio público.

En el aspecto procesal, la persona debe estar ligada a proceso, tal como se estipula en el Artículo 491 Bis del CPP, para efectos de aceptación de cargos formulados por el fiscal. Surge la siguiente interrogante en cuanto al tema de ligar a proceso: ¿Es factible aplicar esta herramienta al procedimiento para delitos menos graves? La respuesta es no. Este procedimiento se tramita ante jueces de paz, en delitos con un marco sancionador de cinco años de prisión e inicia con presentación de la acusación fiscal, por lo que el acusado no está ligado a proceso penal, pero se hace la salvedad, que serán los jueces de paz los que han de producir precedentes judiciales para formar un criterio determinado.

El ligado a proceso al aceptar los cargos implica reconocer los hechos, con sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, la responsabilidad penal

y la calificación jurídica. ¿Será una confesión? El concepto confesión no está regulado en el actual Código procesal penal, sin embargo, en la Convención Americana de Derechos Humanos en el Artículo 8, punto 3, preceptúa que: “La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”, por lo que aceptar los cargos técnicamente es una confesión y al estar plasmada en el Pacto de San José, que es parte del bloque de constitucionalidad, la figura de la confesión es parte de nuestro derecho interno.

Se critica el hecho de que, con solo aceptar los cargos, el propio ligado a proceso, destruye su presunción de inocencia, por lo que basta la sola confesión para dictar la sentencia de condena. En el proceso penal común una condena sin pruebas y solo con fundamento en aceptar los hechos y delito (confesión) sería un retroceso al sistema inquisitivo que contempla la confesión como prueba reina y tasada, eso es arbitrario, vulnerando los principios de un derecho penal liberal de presunción de inocencia, principio *onus probandi* que corresponde al fiscal y el principio de imperatividad, entre otros, inclusive, se genera una sentencia sin fundamentación probatoria, exigencia contenida en el Artículo 11Bis, del CPP. En este procedimiento especial debido a que priva la voluntad de aceptar la responsabilidad penal, de forma espontánea, por lo que se cumple con el estándar internacional de Derechos Humanos del Pacto de San José.

Este procedimiento exige que el ligado a proceso reconozca la culpabilidad en modo, tiempo y lugar. Pero surge la duda si ese reconocimiento debe ser ¿Verosímil?, es decir, que el procesado que acepta los cargos

¿Es realmente el autor de la comisión del delito? Esa duda de si es o no responsable penalmente, queda exclusivamente en el fuero interno del procesado y no es una exigencia a comprobar en este procedimiento.

En la lógica del procedimiento, objeto de estudio, se reitera que la sola confesión provoca una sentencia condenatoria, sin que exista suficiente evidencia o medios de investigación aportados por el fiscal, pero ese es el riesgo que debe analizar la defensa técnica, si opta a que el defendido acepte los cargos, por ejemplo, en la audiencia de primera declaración. Ante este escenario procesal el defensor debe explicar y aclarar ampliamente en qué consiste la aceptación de cargos desde la primera declaración, ese elemento informativo es transversal en este procedimiento, inclusive, de conformidad con el Artículo 491 *Quinquies*, CPP, el juez debe rechazar la aceptación de cargos si advierte vicios del consentimiento, desinformación, coacción o desconocimiento de garantías fundamentales.

Algunos penalistas reprochan que al aceptar cargos en la primera declaración la normativa no contempla la obligación del fiscal de poner a la vista los elementos de convicción, pues podría surgir la posibilidad de una falta de mérito o modificar el delito *in favor rei*, argumentos que se quedan sin materia, si el detenido por su libre albedrío y debidamente informado por el defensor, acepta los cargos, pues no fue obligado a declarar contra sí mismo (Art. 16 Constitución Política de la República de Guatemala –CPRG-). En todo caso, el defensor debe evaluar estratégicamente esa aceptación de cargos, pues no se descarta ejercer el derecho de retractación normado en el Artículo 491 *Nonis*, del CPP, y continuar la defensa en la vía común, al inferirse la falta de pruebas.

Los beneficios endoprocesales de esta herramienta, en cuanto a las rebajas de las penas, están regulados en el Artículo 491 *Sexies*, de la ley penal adjetiva y que se resumen así:

- a) Si se aceptan los cargos en audiencia de primera declaración y antes de dictar auto de apertura a juicio, la rebaja será de la mitad de la pena.
- b) Si ya se dictó el auto de apertura a juicio y hasta antes de iniciar audiencia de debate, se rebaja una tercera parte de la pena.
- c) Si iniciado el debate hasta antes de recibir las pruebas, la rebaja será de una quinta parte.

Para el cálculo de esas rebajas, se ha de tomar la pena mínima contemplada en el marco sancionador del delito imputado. El eventual problema surge al imputarse varios delitos, que al rebajarse las penas y sumarse las mismas resulte un elevado número de años de pena de prisión, lo cual denota que no existe beneficio alguno para el usuario del Instituto de la Defensa Pública penal –IDPP-. Frente a esta problemática se presenta la siguiente estrategia de defensa: la defensa técnica ha de inclinarse por invocar el principio de la absorción, en el concurso ideal, que postula que la pena del delito grave absorbe a los delitos menores, y el cálculo será sobre el marco sancionador de aquel delito grave para la aceptación de cargos y el defensor debe oponerse al principio de acumulación del concurso real, que suma todas las penas, lo cual es perjudicial para el ligado a proceso.

Resulta que si el procesado, después de la primera declaración, decide aceptar los cargos, el juez debe señalar audiencia dentro del plazo de cinco días para discutir este extremo, audiencia que tiene preeminencia sobre otras actividades jurisdiccionales, convocando a los sujetos procesales, oportunidad en la que el fiscal presentará la evidencia sobre la imputación de los hechos y si la misma es insuficiente, el juez podrá modificar la calificación jurídica, de conformidad con el Artículo 491 *Ter*, CPP. En este procedimiento no aplica la solicitud de reforma del auto de procesamiento por parte del defensor para cambio de delito. Por lo que una estrategia de la defensa sería advertir al juez la falencia de la evidencia y medios de investigación, instando a que el juez de oficio modifique la calificación jurídica a un tipo penal privilegiado, que favorezca al incoado.

Surge la duda de ¿Cuál sería la actitud del defensor si el Ministerio Público se opone a este procedimiento, en la audiencia respectiva? La respuesta es que la petición de iniciar este procedimiento de aceptación de cargos es un derecho del procesado asesorado por el defensor, petición que se ejerce unilateralmente sin pronunciamiento del fiscal, pues no existe artículo alguno en el cual se le otorgue la palabra para que se pronuncie a favor o en contra. En la praxis, algunos fiscales piden la palabra al inicio de la audiencia para oponerse al procedimiento lo cual es totalmente arbitrario, ante lo cual el defensor debe protestar esa arbitrariedad, pues esa oposición no está regulada, causando el agravio de alterar las formas del procedimiento especial de aceptación de cargos, vulnerando el principio de imperatividad plasmado el Artículo 3 del CPP, argumento que también aplica si el juez concede la palabra al fiscal y acepta la petición del fiscal de oponerse, por lo que se concluye que la participación del fiscal en

este procedimiento es *nula ipso jure*. La única causal de rechazo de esta aceptación de cargos es si el juez advierte amenazas, coacción o vicios en el consentimiento, él ejerce un control de la legalidad.

Se infiere de la hermenéutica del procedimiento objeto de análisis, que es el defensor el responsable de informar todo el texto y contexto de la aceptación de cargos, excluyendo al fiscal o a la víctima de esta fase informativa. Surge la duda ¿Si el sugerir o inducir por el juez a esta aceptación es un vicio del consentimiento? pues en el Artículo 491*Ter*, CPP, preceptúa que: “Ligada la persona a proceso, el juez le advertirá que hasta antes de iniciar la recepción de pruebas en la audiencia de juicio oral, podrá aceptar los cargos...” En una justicia republicana, los roles de los intervinientes en el proceso penal están bien delimitados: el fiscal tiene la persecución penal, la defensa técnica el defender de las imputaciones fiscales y el juez juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, por lo que esa advertencia del juzgador, se podría interpretar como inducir al procesado a aceptar los cargos, afectando la línea de estrategia de la defensa técnica que no contempla esta aceptación.

Otra crítica es que la advertencia se limita al hecho de aceptar cargos, sin explicar en qué consiste este procedimiento, por lo que hipotéticamente el detenido o procesado, le preguntará al juez ¿Qué significa aceptar cargos? y el juzgador pedirá al defensor que tome el tiempo respectivo para que se le explique al incoado este procedimiento, allí radica el peligro de esa advertencia, de inducir a la aceptación de cargos, que es una total interferencia del juez al afectar la línea de estrategia de la defensa técnica que no contempla esta aceptación.

En el Artículo 491 *Quater*, del CPP, se listan los delitos que no aplican a esta herramienta procedimental, verbigracia el robo agravado o la extorsión. Aplicando el principio de la estricta legalidad combinado con la taxatividad, en el *iter criminis*, de esos delitos los mismos han de estar consumados en consonancia con el Artículo 13 del Código penal, que estipula: “el delito es consumado, cuando concurren todos los elementos de su tipificación”, por lo que no se excluye que el defensor invoque la tentativa, por ejemplo en el delito de robo agravado en grado de tentativa, de conformidad con el Artículo 14 de la ley penal sustantiva: “Hay tentativa, cuando con el fin de cometer un delito, se comienza su ejecución por actos exteriores, idóneos y no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente”, pues el legislador no fue explícito en prohibir la tentativa y el juzgador no debe inferir que la prohibición del delito consumado se extiende a la tentativa, ello es una analogía en *malam partem* por lo que se insta a las defensoras y defensores a conquistar la aceptación de ese argumento en favor de los usuarios del Instituto de la Defensa Pública Penal –IDPP- y tal como se expuso en líneas anteriores, se debe instar al juez a modificar de oficio el delito consumado a la tentativa (Art. 491 Ter. CPP).

El imputado tiene la facultad de retractarse de la aceptación de cargos hasta antes de declararlo culpable penalmente, de conformidad con el Artículo 491 *Nonies*, CPP, por lo que la imputación se trasladará al trámite del proceso común y no se utilizará la retractación en contra del acusado, perdiendo con ello los beneficios de la rebaja de la pena. Se aclara que al aceptar los cargos no se debe conceptualizar como una declaración del imputado, de conformidad con los Artículos 81 y 82.2 del CPP. Si

posteriormente a la retractación de cargos en el procedimiento especial decide nuevamente aceptar los cargos en el procedimiento común, esa manifestación de voluntad ingresa en la esfera de una declaración del procesado, considerada como un medio de defensa, pues el procesado puede declarar lo que él considere que es la verdad formal, por lo tanto, no se exige el consentimiento informado ni verificación de vicios del consentimiento por parte del juzgador, por lo que esa aceptación no exime al fiscal de la obligación de probar con suficientes pruebas la culpabilidad para obtener una sentencia de condena en el proceso común y si el material probatorio es insuficiente, debe generar la absolución a pesar de haber aceptado la responsabilidad penal.

Así mismo este procedimiento, hace un énfasis victimológico en la reparación digna en sus componentes de la restitución de los efectos del delito, de la rehabilitación de la víctima en los ámbitos psicológico, médico al afectarse la integridad, en los problemas laborales generados por el delito, en afectarse el estudio, la satisfacción y garantía de no repetición, entre otros componentes, todo con un enfoque de reincorporar a la víctima al ámbito societario, y si no es posible realizar estos aspectos, pues se recurrirá a la indemnización de los daños y perjuicios. Se privilegia la conciliación entre la pareja penal víctima-victimario, tal como lo estipula en su parte conducente el Artículo 491 *Ter*, CPP, "...si fuere necesario bajo la dirección del juez o tribunal se celebrará la conciliación entre el procesado y las víctimas o agraviados con el propósito de determinar el monto y la clase de la reparación digna".

Llama la atención que en la conciliación se ha de poner de acuerdo, la pareja penal, en dos puntos: el primero es el monto a negociar y el segundo es la clase de reparación digna. Monto significa precio, valor o estimación lo que direcciona a un pago dinerario y en cuanto a la clase de reparación digna de conformidad con el Artículo 124 del CPP podría ser restaurarle a la víctima el derecho afectado por el delito, reconociendo a la víctima como sujeto de derechos y evaluar alternativas para su reincorporación social en lo psicológico, lo médico, es aspecto laboral y tema de estudios, por ejemplo, y en caso no sea posible se recurrirá a la indemnización de daños y perjuicios, en este sentido, en la reparación digna primero es restaurar el derecho afectado y si no se puede pues procede la indemnización, por lo tanto, primero es “A” y si no es factible, se recurre a “B” subsidiariamente, pero en el Artículo 491 *Ter*, CPP, que regula la conciliación, no es así, pues preceptúa que se ha de conciliar el monto y la clase de reparación, que es una oración copulativa, por lo que ambos aspectos deben cumplirse, lo cual contradice el espíritu del precepto 124 CPP, que contempla el siguiente orden: se restaura el derecho a la víctima, y si no es posible, se le indemniza. Entonces en la conciliación el juez invita a las partes a llegar a un acuerdo en el monto y clase de reparación, por ello no es de extrañar que todo gire en derredor del aspecto dinerario en la conciliación en la reparación digna, lo que se complica con la obligación de devolver o entregar el producto o los frutos del delito cometido y aceptado.

En ciertos casos, en delitos de violencia contra la mujer en su manifestación física, por ejemplo, la víctima renuncia al pago de la reparación digna en el proceso penal, pero queda habilitada la vía civil, si a futuro desea

demandar al procesado, fórmula procesal que beneficia totalmente al incoado, al liberarlo de pago.

Existen delitos que no contemplan víctima, como el de Ingreso de equipos terminales móviles a centros de privación de libertad, tipificado en el Artículo 27 de la Ley de equipos terminales móviles, por lo que es válido cuestionar ¿Aplica el procedimiento especial de aceptación de cargos en delitos sin víctima?, y si no existe parte agraviada ¿Qué sucede con la reparación digna? Para responder las interrogantes planteadas, se recurre al tercer considerando del Decreto 10-2019 del Congreso, que sirve de fundamento y en el que se plasma la filosofía de esta ley, al establecer “...que se hace necesaria la incorporación de una vía especial, la cual se funde en el otorgamiento de beneficios penales y reparación efectiva de la víctima”, considerando que está en armonía con los Artículo 491 *Ter*, literal d) y 491 Duodecimos del CPP, que exigen la reparación digna a las víctimas y sin la misma no se ejecutará la rebaja de las penas, por lo que técnicamente y de conformidad con el principio de la estricta legalidad, se puede afirmar que sin víctima no es posible aplicar este procedimiento, *dura lex sed lex*, sin embargo, la praxis, está demostrando todo lo contrario, pues los jueces están aplicando la aceptación de cargos a delitos sin víctima, verbigracia: el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, contenido en la Ley de armas y municiones, que es un delito de mera actividad que penaliza sólo la acción sin que se lesione un bien jurídico de otra persona, es decir, no produce ningún resultado pues el contenido del delito se agota al realizarse sólo la acción, criterio judicial acertado.

Resulta que otros jueces, están aceptando este procedimiento en delitos sin víctima física, pero lo tergiversan al trasladar el enfoque victimológico a la sociedad al afirmar que ella es la víctima en delitos de mera actividad e imponen al beneficiado donar alimentos a una entidad de beneficencia, condición que se debe cumplir para que opere la rebaja de la pena. Con esa imposición de donar alimentos se está alterando las formas del proceso penal, vulnerando el principio de imperatividad, pues la sociedad no es víctima en delitos de mera actividad, sin embargo, la rebaja de la pena a cuatro años de prisión conmutables en el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas y salida de prisión, es todo un beneficio.

En el caso 12066-2019-00098, tramitado ante el juez de primera instancia penal de delitos de Femicidio y Otras formas de violencia contra la mujer, violencia sexual del departamento de...se dictó sentencia de condena, por el delito de violencia contra la mujer en su manifestación física, exponiendo lo siguiente: “I) El auxiliar Fiscal solicitó modificación del memorial de acusación, en cuanto a que el presente proceso se ventile por la vía del procedimiento de aceptación de cargos, en virtud de que el mismo reúne los requisitos necesarios que exige la ley; IV) La defensa del acusado se adhirió a la solicitud del Ministerio Público solicitando que la pena a imponer sea de dos años y seis meses, así mismo que se suspenda la ejecución de la pena y que no se condene al acusado al pago de las Costas Procesales. DECISIÓN JUDICIAL. Que el señor XXX es responsable en grado de autor del delito de violencia contra la mujer en su manifestación física contra la integridad y dignidad de la señora ZZZ, en tal virtud se le impone una PENA de DOS AÑOS CON 6 MESES DE PRISIÓN EN SU TOTALIDAD O

EN PARTE A RAZÓN DE CINCO QUETZALES DIARIOS...Se suspende por el plazo de cinco años la ejecución de la pena ...En cuanto a la reparación digna el procesado entregó Q.300.00 a la víctima, los que se aceptaron”. Esta resolución, no obstante que benefició al acusado XXX, se aprecia que fue el auxiliar fiscal el encargado de la iniciativa de la aceptación de cargos y el defensor público se adhirió a lo solicitado por el auxiliar. Se detecta la mala práctica, de adherirse el defensor a la postura del fiscal. Si el juez rechaza el argumento fiscal, la adhesión de la defensa correrá la misma suerte. En el litigio estratégico la defensa debe argumentar de conformidad con su sapiencia, con total autonomía a lo expuesto por el fiscal. Un dato importante, en el presente caso y que hubiera generado el rechazo del procedimiento iniciado por el fiscal, es que ni el juez, auxiliar fiscal y defensor público, argumentaron sobre el consentimiento informado del procesado, pues el juez debió razonar el hecho de que el ligado a proceso fue asesorado por el defensor sobre las consecuencias de aceptar los cargos de manera libre, consciente y voluntaria. La lección aprendida es que se exhorta al defensor y defensora a dirigir la audiencia de aceptación de cargos y cumplir con las exigencias de este procedimiento, para lograr los beneficios esperados por los usuarios del Instituto de la Defensa Pública Penal –IDPP- y rechazar que al fiscal se le otorgue la palabra para pronunciarse sobre este procedimiento o que pretenda manipular la audiencia, por lo que se reitera que la aceptación de cargos es un derecho exclusivo del procesado y no del ente fiscal.

Se hace una breve diferenciación entre el procedimiento especial de aceptación de cargos con el procedimiento abreviado. En este último procedimiento, el fiscal tiene el derecho e iniciativa de solicitar una pena

no mayor a cinco años y tiene que cumplirse el requisito de admisibilidad que consiste en aceptar el hecho descrito en la acusación, la participación en él y aceptar la vía, existiendo la posibilidad de obtener una sentencia absolutoria, procedimiento que inicia con la presentación de la acusación. En el procedimiento especial de aceptación de cargos, es un derecho del procesado y la rebaja de la pena depende del marco sancionador indicado en el o los delitos imputados y el momento procesal en que se solicita, por lo que la lógica es obtener una sentencia de condena.

Se finaliza el tema sobre el procedimiento especial de aceptación de cargos, con la reflexión de que a futuro esta herramienta procesal no se tergiverse con malas prácticas que hagan inoperante este novísimo procedimiento.

Referencias bibliográficas

Legislación

- Constitución Política de la República de Guatemala
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Código Penal
- Código procesal penal
- Decreto número 10- 2019 del Congreso de la República de Guatemala, Procedimiento especial de aceptación de cargos
- Ley de equipos terminales móviles

Revista del
DEFENSOR

Revista del
DEFENSOR

Revista del
DEFENSOR

El Concurso aparente de leyes, concurso aparente de normas o Unidad de la ley

Revista del
DEFENSOR

Dr. José Gustavo Girón Palles

Revista del
DEFENSOR

Revista
DEFENSOR

Revista
DEFENSOR

En el Código Penal, se regula el concurso de delitos, donde por medio de ciertos principios se aplica la pena según sea un concurso real por medio del cual la persona realiza varias acciones y cada una de ellas corresponde a distintos delitos (Artículo 69), o concurso ideal, en una sola acción constituya varios delitos (Artículo 70), o bien cuando hay varias acciones que recaen sobre un mismo bien jurídico, el caso del delito continuado (Artículo 71). En estos casos, para la aplicación de la pena se utilizan algunos principios como el de acumulación matemática, absorción, y asperación, y al tratarse de una actividad procesal el juez podrá en caso de duda aplicar lo más favorable al acusado (Artículo 14 CPP).

Sin embargo, existe otro tipo de concurso denominado concurso aparente de leyes, o concurso aparente de normas, o unidad de la ley, cuando hay un solo hecho o una acción a la que quieren regirla varias normas jurídico penales, y en donde se pudiera en determinados casos vulnerar el principio *non bis in idem* sustantivo, aplicando erróneamente un concurso ideal de delitos, pues se penalizaría dos veces la misma conducta; y la legislación penal guatemalteca tanto en el Código Penal como en leyes penales especiales, no se regula el concurso aparente de normas. Afortunadamente, los principios aplicables por la doctrina penal y jurisprudencia tanto de Cámara Penal como de la Corte de Constitucionalidad, en el tema del concurso aparente de leyes o concurso aparente de normas, ilustran a los juristas y litigantes para su aplicación, y la solución de estos problemas, pues existen casos donde hay concurso aparente de leyes y los litigantes pueden confundirlos con un concurso de delitos, especialmente el concurso ideal.

1. Definición

El concurso aparente de leyes o concurso aparente de normas, se refiere al caso, cuando al valorar la gravedad de un hecho, existan diversas normas penales que contienen tipos penales, y que pretenden regir al mismo tiempo la conducta, pero solo una norma es aplicable al caso concreto y la otra no. Al concurso aparente de normas, también se le denomina unidad de la ley, en oposición a la pluralidad de leyes que tiene lugar en el concurso ideal, donde se quiera imputar al acusado dos delitos por un mismo hecho, como en el caso del concurso de delitos. El concurso aparente de leyes versará sobre, ¿Cuál es la norma mejor aplicable al caso concreto?

A diferencia de lo que sucede en el concurso ideal de delitos, en el que para valorar plenamente la gravedad de un hecho hay que aplicar varias disposiciones legales, en el llamado concurso de leyes, de las diversas leyes aparentemente aplicables a un mismo hecho sólo una de ellas es realmente aplicable, quedando desplazadas las demás conforme a diversos criterios interpretativos ya elaborados hace tiempo por la doctrina y la jurisprudencia y que ahora se recogen en el Art. 8 del Código penal. (Muñoz, 2015, p.503)

El concurso aparente de leyes, tiene aplicación cuando se quiere emplear incorrectamente el concurso ideal de delitos, es decir una acción o hecho da lugar a varios delitos, cuando lo que hay es un problema de interpretación de las leyes o normas penales, en donde solo una de ellas es la aplicable al caso concreto. Para ello la doctrina y la jurisprudencia utilizan diversos criterios de interpretación, denominados también principios, siendo los más conocidos a) especialidad, b) subsidiariedad, y c) consunción.

Además del derecho y la justicia, el concurso aparente de leyes favorecerá al procesado, porque no se le impondrán dos penas sobre un mismo hecho, sino solo la pena de un delito, que es el que prevalece porque el otro ha sido desplazado.

La consecuencia práctica del concurso de leyes reside en que sólo es aplicable la pena del delito que desplaza a los otros y, además, en la determinación de esa pena no se deben computar otras violaciones de la ley, dado que sólo se ha infringido una de las normas aparentemente concurrentes. (Bacigalupo p.571)

2. Fundamento del concurso aparente de leyes o concurso aparente de normas

En la práctica judicial, por mucho tiempo se utilizaron los principios *indubio pro reo* (la duda favorece al reo) y *favo rei*, el primero relacionado con la prueba en el sentido que el juez no tenga certeza positiva de culpabilidad o negativa sobre absolución, se podrá resolver mediante duda razonable, en aplicación del principio *in dubio pro reo*. El segundo cuando haya duda respecto de la interpretación de un precepto penal, se resolverá por medio del principio *favo rei*. Para los casos de consunción ha sido criterio de las Salas de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema de Justicia por medio de Cámara Penal, resolver el concurso aparente de leyes por medio del principio *favo rei*, sin embargo, a partir del 2020, Cámara no aplica tal principio por considerar que éste, es específico para resolver aspectos de orden procesal, y no como métodos interpretativos para decidir un concurso aparente de leyes. Así se indica en el expediente de casación 01004-2018 01582 de la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal.

Tales consideraciones son relevantes para afirmar que los principios *in dubio pro reo* y/o *favo rei*, no son concepciones que puedan ser utilizadas como métodos interpretativos para decidir un concurso aparente de leyes, esto pues, la operación lógica para aplicar de forma concreta un principio abstracto como el *favo rei* o el *in dubio pro reo*, funciona únicamente de forma procesal, en otras palabras, los citados mandatos de optimización solo pueden ser concretizados mediante su inclusión en preceptos de carácter procesal, en donde se deba atender a los estadios de la duda para la decisión, es decir, en aquellos casos en los que la ley procesal exige determinado nivel de razonamiento en una decisión para su aplicación, sin embargo, para el caso del concurso aparente de leyes, se está ante la aplicación concreta de normas sustantivas, las cuales no están adscritas a un régimen probatorio, pues no se necesita argumento para sobrepasar de la duda a la certeza, la cual ya fue obtenida mediante la acreditación de hechos que tuvo lugar en el asentamiento de la plataforma fáctica, por lo que la interpretación extensiva a favor del procesado no es óbice para decantarse por la aplicación de una norma sustantiva, sino más bien, es una garantía procesal que prima a favor del procesado durante las etapas procesales; es por ello, que para la solución de conflictos de aplicación de normas sustantivas se ha optado por principios que informan el carácter abstracto de las normas y no su finalidad procesal, pues ésta última ya se encuentra sentada mediante las consideraciones de los hechos acreditados. (Citada en Sentencia de Corte de Constitucionalidad, en los Expedientes acumulados 2221-2020, 2222-2020, 2228-2020, 2281-2020 y 2301-2020, sentencia de fecha 12 de enero de 2021, pp. 21-22)

Los criterios de interpretación en el concurso aparente de leyes, para litigar ya no son entonces el *in dubio pro reo* y/o *el favo rei*, sino el principio *non bis in idem* sustantivo, por el cual no se puede imponer pena dos veces a un mismo hecho, y Cámara Penal para el caso de consunción, establece como fuente el principio de insignificancia porque el delito desplazado o absorbido se considera insignificante respecto del delito que desplaza o absorbe el desvalor del menor al cual también se le denomina copenado.

Las fuentes de los criterios de interpretación para solventar los concursos de leyes penales están cimentadas en dos principios, el de *non bis in idem* y el de insignificancia (...) el principio *non bis in idem* da lugar a los primeros tres criterios interpretativos; el de especialidad, el de subsidiariedad y el de alternatividad, los cuales surgen cuando en la concurrencia de dos o más normas, la estimación conjunta de ambas supone una relación lógica entre ellas que lleve necesariamente a tomar en cuenta dos o más veces un mismo elemento del hecho jurídico penalmente relevante y común a todas las normas concurrentes (...) por su parte, el principio de insignificancia, justifica el último criterio interpretativo que es el de consunción, en el que existen ciertas relaciones empíricas entre hechos susceptibles de ser clasificados por dos o más preceptos, en el que la realización de uno (sic) ello se presenta como insignificante frente a la del otro, cuya intensidad criminal lo absorbe, en otras palabras, la no aplicación de la norma correspondiente al delito de menor intensidad se justifica, porque al ser el hecho copenado insignificante en relación al principal, el castigo por éste parece suficiente para reprochar tanto al autor como al resto de la población la reprobación jurídica de su conducta, pareciendo desproporcionado castigar, además, por los hechos acompañantes que, en

la consideración del caso concreto, no tienen una significación autónoma. (Casación 01004-2018 01582 de la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, p.21)

Regulación legal

A partir de la segunda década del siglo diecinueve, se discutió tanto en Alemania como en España sobre la regulación legal del concurso aparente de normas o concurso aparente de leyes, y producto de análisis científicos de destacados penalistas, actualmente hay dos sistemas, el primero denominado Sistema de Prescendencia Relativa que se refiere a que lo mejor es no regular en la ley penal los criterios de interpretación del concurso de normas, denominado también por un sector de unidad de la ley, y dejar a la doctrina o dogmática penal y a la jurisprudencia la interpretación de la unidad de la ley, debido a que son tantos casos que no se podría considerar con exactitud las diversas formas de aplicación, criterio que sigue el Derecho alemán. Por otra parte, está el criterio denominado Sistema de Regulación Relativa, por el cual, debe regularse en la ley penal por lo menos las generalidades del concurso de normas, criterio que sigue el Derecho español, y que de una u otra forma ha influenciado la legislación latinoamericana.

Guatemala, actualmente se encuentra dentro del primer criterio, y en el proyecto del nuevo Código Penal, se desarrolla el segundo criterio, el que de por sí, encierra la subsidiariedad únicamente a la regulación legal no permitiendo una interpretación tácita de la misma.

Al respecto, el penalista chileno Jean Pierre Matus (1997, p. 423), se refiere al concurso aparente de leyes de la siguiente forma:

El presente trabajo tiene como propósito dar cuenta de dos modelos diferentes de enfrentar, en un modelo de reforma penal, el tratamiento llamado concurso (aparente) de leyes penales para extraer de ellos conclusiones sobre la conveniencia que adopta uno u otro en un futuro proceso de reforma del derecho penal latinoamericano. En Primer lugar, trataremos el modelo alemán, que podríamos denominar sistema de la prescindencia relativa, porque en él se decidió no regular expresamente en un artículo de la parte general la teoría del concurso (aparente) de leyes; en segundo término, el español, que en contraposición podría denominarse sistema de la regulación relativa, en atención a que su resultado es la introducción de un artículo de la parte general del Código para regular la teoría del concurso (aparente) de leyes.

La tesis que se sostendrá será que, en atención a sus efectos sobre la teoría del concurso (aparente) de leyes y aun sobre la praxis jurídica, el sistema de prescindencia relativa, representado por el modelo alemán, es el más adecuado al tratamiento de esta materia, en contraposición al modelo español.

Como se indicó en la parte introductoria, Guatemala no regula el concurso aparente de normas, pero en aplicación de la Doctrina Penal, Derechos Humanos, y Jurisprudencia, los tribunales, diversas cortes, entre ellas; Cortes de Apelaciones, Cámara Penal en interés de la ley y la justicia, así como la Corte de Constitucionalidad han producido doctrina y

jurisprudencia al respecto. Sin embargo, en el Proyecto del Nuevo Código Penal, nuestro país cambia al modelo de regulación relativa, e incluye en la parte general del Código Penal, el concurso aparente de normas, de la siguiente forma:

Concurso aparente de normas (Principio de especialidad, consunción y subsidiariedad). El conflicto por la concurrencia de dos o más normas de este Código o de cualquier otra ley penal especial que pudieren ser aplicadas a un mismo hecho o conducta, se resolverá de acuerdo a las siguientes reglas:

1. Cuando existiere conflicto entre normas de este Código y de cualquier ley penal especial, prevalecerán las normas establecidas en el presente Código.
2. Cuando existiere conflicto entre normas del presente Código, prevalecerán las normas especiales por sobre las generales.
3. La norma penal más amplia o compleja absorberá a las que castiguen las infracciones subsumidas en aquella.
4. La norma subsidiaria se aplicará sólo en defecto de la principal, cuando se declare expresamente esa subsidiariedad. (Artículo 12, Iniciativa de Ley No. 5494 Congreso de la República).

3. Principio de especialidad

Cuando un hecho es regulado por dos normas similares, ya sea ambas del Código penal, o una del Código Penal y otra de alguna ley penal especial o viceversa, porque ambas normas tienen supuestos de hechos similares, solo una es la aplicable, y atendiendo al principio de especialidad, prevalece la

norma especial sobre la general porque ésta debe tener más características o presupuestos específicos que la ley general, es decir la ley especial desplaza a la ley general. Al respecto el profesor Zaffaroni (2001) indica:

Cuando se relacionan uno o más tipos, uno de ellos excluye al otro en función del principio de especialidad (*lex specialis derogat legi generalis*), si abarca las mismas características que el otro, agregando, además, alguna nota complementaria que toma en cuenta otro punto de vista en cuanto a lesividad. En este caso, el tipo con mayor número de características, en especial respecto del otro, que es general. Esta relación de subordinación se presenta en la forma de *encerramiento conceptual*, pues no se concibe la realización de una acción que encuadre en el tipo especial sin que al mismo tiempo lo haga en el general. (p.832)

La norma que tiene un mayor número de características excluye, encierra o abarca, desplaza a la norma general. En el mismo sentido Santiago Mir Puig (1989), indica:

“Según el principio de especialidad, existe concurso de leyes, cuando de varios preceptos aparentemente concurrentes uno de ellos contempla más específicamente el hecho que los demás, y tal concurso de leyes debe resolverse aplicando sólo la ley más especial (*lex specialis derogat legem generalem*: la ley especial deroga la general). Un precepto es más especial que el otro cuando requiere, además de los presupuestos igualmente exigidos por este segundo, algún otro presupuesto adicional: si un precepto requiere los presupuestos a+b y otro los presupuestos a+b+c , el segundo es más especial que el primero. (p.738).”

Características o presupuestos adicionales debe contener la norma o ley especial que regula el hecho de manera más específica que el precepto general para poder aplicarse. Por su parte Francisco de Muñoz Conde (2015), establece:

“El precepto especial se aplicará con preferencia al general. (*Lex specialis derogat lex generalis*). En efecto, cuando un precepto reproduce las características de otro, añadiéndole además otras específicas, el precepto más específico (*lex specialis*) desplaza al más genérico. Así, por ejemplo, el asesinato contiene junto a las características generales del homicidio. (...) Lo mismo puede decirse de la relación entre hurto y robo. (p.504).”

Por su parte la jurisprudencia de Cámara Penal, al resolver un caso en donde el hecho subsume el tipo penal de plagio o secuestro (art.201 CP) y al mismo tiempo el de Detenciones ilegales con circunstancias agravantes (Art. 204 CP), Cámara Penal, aplicó el de detenciones ilegales con circunstancias agravantes por ser más específica, ya que no quedó claro el propósito del secuestro, y además agregó a la interpretación el principio *favo rei*. Porque consideró que en caso de duda en la aplicación de la ley sustantiva debe interpretarse lo más favorable a la persona humana.

Expediente No. 1205-2013 Sentencia de Casación del 24/03/2014 “... Cuando un hecho con relevancia penal admite la calificación de dos normas penales, la dogmática considera que existe un concurso aparente de normas, y es aparente porque necesariamente debe seleccionarse una para realizar la subsunción típica. Los criterios que la ciencia penal establece para

resolver este aparente concurso se basa en los principios de especialidad, de consunción y de subsidiariedad (...) Cámara Penal considera que en el presente caso debe aplicarse el principio de especialidad para resolver el caso, que además estaría en congruencia con el principio *favo rei*.

(...) Los artículos del Código Penal en concurso aparente, por contener supuestos de conducta similares y tutelar el bien jurídico libertad son: el 201 párrafo tercero del Código Penal (...) El problema se genera porque no queda claro en la reforma el propósito de este “secuestro”, por lo que este cambio regula una conducta ya establecida en el Artículo 203 en relación con el 204 que establecen el delito de detenciones ilegales agravadas (...) existe un principio que fue invocado en la apelación especial por los procesados, que es el *favo rei*, que resumidamente consiste en que, cuando dos normas penales sustantivas regulan la misma situación fáctica, debe preferirse la que es favorable al reo, que ha realizado la conducta prohibida. (...) Respecto de este principio “(...) la Corte en diversas ocasiones ha aplicado el principio de la norma más favorable para interpretar la Convención Americana, de manera que siempre se elija la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado. Según lo ha establecido este Tribunal, si a una situación son aplicables dos normas distintas, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana...”. (Criterios Jurisprudenciales penal. 2014. P.71-72)

4. Principio de consunción

Este principio se refiere a que un tipo penal absorbe a otro, cuya conducta o supuesto de hecho, está contenido regularmente en el de mayor gravedad, o bien el precepto penal más amplio o complejo absorbe

a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel. Por ejemplo: el acusado agredió a su esposa y le ocasionó lesiones leves. El juzgado tipificó violencia contra la mujer en su manifestación física (Artículo 7º inciso b) de la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, y lesiones leves (Artículo 148 Código Penal). En este caso, por el principio de consunción, el delito de violencia contra la mujer en su manifestación física absorbe al delito de lesiones leves. La no aplicación del principio de consunción podría vulnerar el principio *non bis in ídem*, porque los tribunales podrían caer en error de condenar por concurso ideal de delitos.

El principio de consunción conduce a afirmar que un precepto desplaza a otro cuando por sí solo incluye (consume) ya el desvalor que éste supone, por razones distintas a la especialidad y a la subsidiariedad. (...) La doctrina trata de precisar más los casos en que puede operar la idea de consunción, por sí sola poco útil. Se incluyen aquí los dos grupos de casos siguientes:

- a) Los supuestos de un hecho que acompaña normalmente a otro. Aquí no llega a suceder, como en la especialidad, que el hecho necesariamente realiza la descripción típica de varios preceptos, pero sí, que normalmente la realización típica de un supuesto de hecho típico conlleva la de otro. De ahí que se supone que el legislador ha de haberlo previsto al fijar la pena del delito que normalmente supone el hecho acompañante. El ejemplo paradigmático que suele proponerse es de robo con fractura (por ejemplo, de puerta o ventana), que normalmente entraña allanamiento de morada y ciertos daños normales. Se entiende que la pena señalada para el robo ya ha de haber

sido determinada en atención al conjunto delictivo que normalmente supone. También debe admitirse que el homicidio consume el delito de inhumaciones ilegales.

- b) Los actos posteriores impunes o, mejor, copenados. Son hechos que por sí solos realizarían un tipo de delito, pero que quedan consumidos por otro delito al cual siguen. La razón es que tales actos constituyen la forma de asegurar o realizar un beneficio obtenido o perseguido por un hecho anterior y no lesionan ningún bien jurídico distinto al vulnerado por este hecho anterior ni aumentan el daño producido por el mismo. Por ejemplo, el que ha recibido unas joyas para examinarlas gracias a su engaño destinado a apropiárselas, deberá ser castigado solo por estafa y no, además, por apropiación indebida; el que ha suscrito un contrato de compraventa a plazos con reserva de dominio con el ánimo inicial de no pagar los plazos y apropiarse del vehículo objeto del contrato, así lo hace, debe ser condenado solo por estafa y no, además, por la apropiación indebida. (Mir Puig, 1990, pp. 740-741)

Como se observa en la definición anterior, por el principio de consunción, se evita que se aplique un concurso ideal de delitos con mayores penas, porque prácticamente se está penalizando un mismo hecho dos veces. En la consunción un tipo penal consume o desplaza al otro, porque el desvalor de la acción está contenido en otro de mayor gravedad o más amplio o complejo. Al tipo penal consumido también se le denomina copenado porque no se aplica la pena contenida en este, ya que éste fue el medio de asegurar la ejecución del tipo penal que consume, y no lesiona ni aumenta el daño de otro bien jurídico, sino únicamente del tipo penal que consume.

En el mismo sentido, Zaffaroni (2001), explica:

“La relación de consunción (*lex consumens derogat legi consumtae*) es la que se establece entre los tipos penales cuando uno encierra al otro, pero no porque lo abarque conceptualmente, sino porque consume el contenido material de su prohibición. Justamente se distingue con claridad de la especialidad porque la relación no es conceptual: puede concebirse perfectamente la tipicidad que resulta aplicable sin que se dé en el caso el supuesto fáctico que resulta consumido. La relación de consunción tiene lugar en el caso del hecho posterior, que unos llaman *impune* y otros *copenado*, aunque las soluciones no son pacíficas, llegándose a sostener que se trata de un hecho posterior amparado por una causa personal de exclusión de pena. (p.832).”

Muñoz Conde (2015, p.505), se refiere a la consunción en donde el tipo más complejo absorbe al tipo que consume, del cual no impone la pena señalada por este, porque su desvalor tanto de acción como de resultado están contenidas en el tipo que lo consume, asimismo, brinda más ejemplos al respecto.

El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél), es el de consunción (*lex consumens derogat lex consumpta*). Muchas veces un delito engloba otros hechos ya de por sí constitutivos de delitos que no se castigan automáticamente porque su desvalor va incluido ya en el desvalor del delito del que forman parte. Así, por ejemplo, la tentativa queda consumida por el delito consumado; el delito de lesiones dolosas (art.147 y ss.) en el delito

consumado de homicidio doloso (art.138) o de asesinato (art.139); el tipo básico de agresiones sexuales (art.178) en la agresión sexual cualificada por acceso carnal (art.179).

Del principio de consunción, hay una buena cantidad de jurisprudencia tanto de Cámara penal como de Corte de Constitucionalidad. En un caso de Trata de personas (Art. 202 TER Código Penal) se pretendía que también se le condenara en concurso ideal por empleo de personas menores de edad en actividades laborales lesivas a su integridad y dignidad (156 BIS Código Penal). En ese ejemplo, Cámara Penal, aplicó el principio de consunción en donde el primer tipo consumió o absorbió al segundo.

Expediente No. 1192-2012 Sentencia de Casación del 20/07/2012

“...Los hechos encuadran sin forzamiento alguno en la figura típica del Artículo 202 Ter del Código Penal (...) porque la víctima fue acogida por la sindicada con fines de explotación sexual (...). En relación con el otro tipo delictivo (...) establecido en el Artículo 156 Bis del Código Penal, cuyo supuesto fáctico es el empleo de personas menores de edad en actividades laborales lesivas a su integridad, es un delito de peligro, que precave justamente que la menor esté expuesta a la prostitución o que menoscabe su salud. Los hechos acreditados pueden encuadrar también en este tipo delictivo, pero, lo que surge en este caso es un concurso aparente, ya que el sentido de justicia y de lógica decisoria, permite establecer que no pueden aplicarse ambos ni en concurso ideal, pues al aplicar el delito de Trata de Personas se está consumiendo en el tipo (...) la sindicada deberá ser condenada únicamente por el delito de Trata de Personas (...).

Para determinar la pena debe considerarse la extensión e intensidad del daño causado a la víctima, por cuanto que, de las constancias procesales se extraen dos elementos para graduarla. El primero, se saca de la declaración en anticipo de prueba de (...), a la cual el tribunal le dio valor probatorio (...). El segundo, es el informe psicológico que, en relación al primero, acreditaría el daño que se le causó a la menor de edad, que por su edad la podrían convertir en un ser vulnerable y fácilmente influenciable (...) Dicha imposición se justifica y sustenta en la interpretación integral del Artículo 65 del Código Penal, que no solo atiende a las circunstancias agravantes y atenuantes, sino a la extensión e intensidad del daño causado...”. (Criterios Jurisdiccionales Penal, 2012. p. 132-133)

En un segundo ejemplo, se pretendía que condenaran al procesado por asesinato y secuestro, sin embargo, en aplicación del principio de consunción, el delito de secuestro queda subsumido en el de asesinato, porque el desvalor del delito de asesinato consumió el desvalor del delito de secuestro.

Expediente No. 1125-2014 Sentencia de casación del 11/06/2015. “... Cámara Penal estima que, más allá de que sea correcto o no, que haber privado de su libertad a la víctima y que dicho extremo haya sido el medio para cometer el asesinato, lo importante es establecer, si es jurídicamente correcto condenar por un delito, que se tipifique como secuestro cuando la privación de libertad de la víctima constituyó una circunstancia de ejecución que, aunque por sí sola integra la conducta descrita en otro tipo autónomo, es calificante del tipo complementado, por dicha circunstancia (...) conforme el concurso aparente de normas, obligadamente tiene que

aplicarse solo una, y que en este caso se resuelve por el principio valorativo de consunción, el cual permite resolver el problema del concurso aparente de tipos, con base en que Hay conductas que al ser subsumidas en el tipo en que más adecuadamente encuadran, consumen, esto es, destruyen o extinguen, el desvalor delictivo plasmado en otro tipo, ya que en aquél yace latente éste. La indicada relación existente entre ambos tipos penales presupone la sola aplicación de aquél que, conforme a su íntegra y profunda significación incluye en el caso concreto el desvalor antijurídico del otro”. (...). Por lo anterior, Cámara Penal considera que, el principio *ne bis in idem que* prohíbe poner un hecho varias veces a cargo del mismo autor, se vulneraría, si se sancionara cada uno (...), por lo tanto, (...), la privación de libertad de la víctima, quedó subsumida en el desvalor del delito de asesinato, no pudiendo condenarse por el delito de plagio o secuestro, por lo que es procedente la absolución de la sindicada por ese delito. (Criterios Jurisdiccionales Penal, 2015, p.94-95)

4.1. Jurisprudencia constitucional por consunción

En cuanto a la justicia constitucional, hay extensa jurisprudencia sobre el principio de consunción, y de paso se examina la jurisprudencia de Cámara Penal, pero por razones de espacio, nos limitaremos a tres ejemplos. En el primero, en el caso de un robo en donde se utilizó un arma de fuego para amedrentar al propietario, el tipo penal de Robo agravado (art.252.3 CP) subsume al de Portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/deportiva (art.123 Ley de armas y municiones).

El Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Retalhuleu, sentenció al acusado por los delitos de robo agravado y robo agravado en tentativa. El Ministerio Público interpuso recurso de apelación especial por motivo de fondo, recurso que no acogió la Sala jurisdiccional, por lo que interpuso recurso extraordinario de casación por motivo de fondo, que declaró procedente Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia modificando el fallo y lo condenó además por portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportiva y le impuso ocho años prisión.

El acusado acude en acción de amparo ante la Corte de Constitucionalidad, quien considera procedente otorgar la protección constitucional solicitada con base a la siguiente doctrina: “cuando un órgano jurisdiccional, al resolver las peticiones de los justiciables aplica indebidamente normas o disposiciones legales, lo que ocasiona una indebida fundamentación que vulnera el derecho de defensa y el principio jurídico del debido proceso”.

El Tribunal Constitucional realiza un análisis de los tipos penales de robo agravado y de portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportiva, incluyendo en el mismo, y en la fundamentación consideró que la Corte Suprema de Justicia, al condenar al reo por robo y robo agravado, y además por el delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivo, no tomó en consideración que el robo agravado lleva implícito como elemento agravante la portación de armas, aún y cuando los sindicados no hubieren hecho uso de ellas.

“Al efectuar el análisis legal correspondiente, esta Corte advierte, que la autoridad cuestionada al declarar procedente el recurso de casación que conoció, efectuó una inadecuada interpretación del Artículo 252 inciso 3° del Código Penal, al considerar que tanto el Tribunal sentenciador, como la Sala de Apelaciones no debieron condenar al acusado únicamente por el delito de Robo agravado y Robo agravado en grado de tentativa, sino que también, debió condenarle por el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas conforme lo regulado en el Artículo 123 de la Ley de Armas y Municiones. En ese sentido, se advierte que el mismo tribunal tuvo por acreditados hechos distintos a los contenidos en la plataforma fáctica establecida en el debate y que concluyó en forma errada, incumpliendo así con las facultades que como Tribunal de Casación le confiere el Artículo 447 del Código Procesal Penal, ya que al declarar procedente el recurso de casación, lo hizo con base en que el acusado había tenido en posesión el arma de fuego en el tiempo transcurrido entre uno u otro hecho delictivo, lo cual solo constituyen suposiciones acerca de la portación de arma de fuego y las cuales, no podrían deducirse de un razonamiento indiciario y el Tribunal de casación con base en esas especulaciones estimó que la subsunción en el tipo penal de Robo agravado del delito de Portación ilegal de arma de fuego efectuada era improcedente y condenó al sindicado por ese delito a ocho años de prisión teniendo por acreditado que el encartado abordó un bus para asaltarlo con arma de fuego y, que el mismo día, tres horas y quince minutos después llegó a un negocio de comida, portando arma de fuego con el objeto de asaltarlo, razón por la cual a su juicio, ese hecho no podía estimarse como parte del delito de Robo agravado. Por lo antes expuesto esta Corte concluye que los argumentos expresados no guardan congruencia con las

actuaciones ni con la legislación aplicable al caso concreto, no siendo legal sobreponer una pena más a la causa de agravación ya impuesta al reo por la Portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas como ilícito independiente del delito de Robo agravado, pues debió tomar en consideración que ese tipo penal lleva implícito como elemento agravante la portación de armas, aún y cuando los sindicados no hubieren hecho uso de ellas.

De ahí, que la autoridad reprochada vulneró la garantía constitucional del debido proceso, pues la resolución que constituye el acto reclamado no se hizo en sujeción a lo establecido en la ley de la materia y contiene una indebida fundamentación, lo cual viola lo dispuesto en los Artículos 3 y 11 Bis del Código Procesal Penal, por lo que es procedente otorgar la protección constitucional solicitada y dejar en suspenso el acto reclamado, ordenando a la autoridad cuestionada que emita nueva resolución en la que al declarar o no la procedencia del recurso de casación, emita una debida fundamentación congruente con las constancias procesales y con lo aquí considerado”. (Corte de Constitucionalidad. Expediente 1404-2013. Sentencia de fecha 31 de octubre de 2013, pp.5-6)

En un segundo caso, el Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del municipio de Mixco, condenó a dos acusados por el delito de asesinato, y los absolvió por asociación ilícita y conspiración. El Ministerio Público interpuso apelación especial por motivo de fondo, recusó que la Sala jurisdiccional no acogió. Ante esa decisión el ente investigador planteó casación, recurso extraordinario que la Corte Suprema de Justicia por medio de Cámara Penal declaró

improcedente, por lo que acudió a la acción de amparo ante la Corte de Constitucionalidad.

Cámara Penal, al resolver la casación fundamentó su resolución aplicando el principio de consunción y el *non bis in idem*, sustantivo (no puede penarse dos veces una misma conducta), por tal circunstancia no accedió a la pretensión de condenar en concurso ideal de delitos por asesinato y conspiración para el asesinato, porque se estarían valorando dos veces actos preparatorios que forman parte del *iter criminis* del delito de asesinato.

“En el presente caso, la aplicación del Artículo 3 literal e.3) de la Ley contra la Delincuencia Organizada se ve interferida por la aplicación del tipo consumado de asesinato, en función al principio de consunción por unidad de ley. Con la aplicación de este principio se respeta el principio de *non bis in idem*, ya que no se puede imponer una sanción penal con sustento en la doble desvaloración de un mismo hecho. La importancia del principio *non bis in idem*, en su aspecto sustantivo, parte de ‘aquellas situaciones en que el hecho objeto del juzgamiento puede satisfacer dos o más descripciones de formas de comportamiento delictivo, en términos de lo que se conoce como un concurso de delitos (...) se vuelve específicamente operativo al modo de una ‘prohibición de doble valoración’, de manera tal que, en la medida en que una misma circunstancia o aspecto del hecho (o de los hechos) objeto de juzgamiento tenga relevancia bajo más de una descripción, haya que reconocer el carácter ‘aparente’ o impropio del respectivo concurso de delitos, para evitar así una contravención de la prohibición de punición múltiple por un mismo hecho’. Este principio

representa, un estándar vinculante para el juzgador, ya que la premisa metodológica que subyace en su aplicación, es la prohibición de doble valoración, para impedir ‘las consecuencias de una eventual redundancia legislativa circunstancial, asociada a la superposición de los supuestos de hecho de dos o más normas de sanción en relación con un mismo objeto de subsunción’, y con esto garantizar la proporcionalidad al momento de sancionar un hecho delictivo. En el caso de análisis, es jurídicamente improcedente aplicar conjuntamente el tipo penal de asesinato regulado en el Artículo 132 del Código Penal, con el de conspiración regulado en el Artículo 3 literal e.3) de la Ley contra la Delincuencia Organizada, a un mismo hecho acreditado, puesto que, se estarían valorando dos veces actos preparatorios que forman parte del *iter criminis* del delito de asesinato, y, por lo tanto, se violaría el principio de *non bis in idem*. Por lo que, el recurso de casación interpuesto por motivo de fondo debe ser declarado improcedente, en la parte resolutive del presente fallo...”. (Corte de Constitucionalidad cita la sentencia de Cámara Penal, en el expediente 3066-2014 de fecha 28 de abril de 2015, pp.5.6)

La Corte de Constitucionalidad, al declarar improcedente el amparo, fundamentó su resolución en la inexistencia de agravio, y ratifica que no puede aplicarse conjuntamente el tipo penal de asesinato y el de conspiración sobre un mismo hecho acreditado, porque se vulnera el principio *non bis in idem*, y porque la interpretación y aplicación de los preceptos jurídicos en este caso sustantivo, es competencia de Cámara Penal.

“Del análisis de la sentencia que constituye el acto reclamado en amparo, esta Corte advierte que la autoridad cuestionada, al emitir su fallo actuó con estricto apego a derecho y su proceder no evidencia agravio alguno que amerite el otorgamiento del amparo, pues las consideraciones en que apoyó su decisión (acto reclamado), se encuentran emitidas dentro del ámbito de sus facultades, estableciendo la improcedencia del recurso de casación objeto de su conocimiento al determinar que la petición formulada por el ente investigador era inviable, debido a que no podía aplicarse conjuntamente el tipo penal de asesinato con el de conspiración a los procesados, sobre un mismo hecho acreditado, porque se estaría valorando dos veces actos preparatorios que forman parte del *iter criminis* del delito de asesinato, por el que fueron condenados, lo que conllevaría la vulneración al principio *non bis in idem*. Advierte la Corte que la pretensión del Ministerio Público es, a la postre, que la justicia constitucional intervenga en un asunto que es de exclusiva competencia del tribunal de casación, en tanto se trata de la interpretación y aplicación de preceptos jurídicos ordinarios (Código Penal y Ley contra la Delincuencia Organizada) a los hechos acreditados en el contexto de un proceso penal. Cabe agregar que la discusión jurídica ha sido resuelta por la Cámara Penal en aplicación de conceptos y teorías concernientes a la dogmática penal, los que caen en su ámbito propio de conocimiento y decisión, habiendo privilegiado una solución que optimiza los derechos fundamentales; de esa cuenta, tanto por el objeto de la discusión como por la solución adoptada, ningún cuestionamiento cabría hacer del acto reclamado por parte del Tribunal de Amparo, evidenciándose así la notoria improcedencia de la garantía constitucional instada. Por lo anterior, la

autoridad cuestionada al emitir el acto reclamado, actuó en el ámbito de las facultades que le otorgan los Artículos 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala y 442 del Código Procesal Penal, dentro de los límites que impone la ley procesal penal para ese recurso extraordinario, lo que denota la inexistencia de agravio en los derechos del amparista, por lo que la protección constitucional deberá denegarse por ser notoriamente improcedente, sin condenar en costas al accionante ni imponer multa a la abogada patrocinante, por imperativo legal”. (Corte de Constitucionalidad, expediente 3066-2014 de fecha 28 de abril de 2015, pp.6 y7)

En un tercer caso más reciente, el Tribunal Segundo de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, condenó a los procesados a, b c, d, y e, por el delito de Depósito ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas. Al resumir los hechos acreditados, a todos los procesados en diferentes fechas y lugares, se practicaron allanamientos y le encontraron a cada uno, un mínimo de ocho armas de fuego de uso civil y/o deportivas, a nombre de diversas personas, sin haberlas registrado en la DIGECAM, ni tener mandato para poseerlas.

Los condenados interpusieron recurso de apelación especial por motivos de forma y de fondo, la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, solo acogió el del procesado c) por motivo de fondo, modificó la calificación jurídica del delito de Depósito ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas contenido en el Artículo 115 de la Ley de Armas y Municiones, al tipo penal de Depósitos no autorizados, regulado en el Artículo 402 del Código Penal, haciendo extensivo ese cambio a todos los acusados, que

se encontraban en la misma situación jurídica, en cuanto a esa figura delictiva, en virtud del principio “*favo rei*”.

Ante este fallo el Ministerio Público interpuso recurso de casación por motivo de fondo, ante Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, quien al resolver, condenó al acusado c), por el delito de Depósito ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, imponiéndole la pena de cinco años de prisión incommutables y, además, dejó sin efecto la extensión de lo resuelto por el Tribunal de Alzada, respecto a los demás procesados. Para resolver el problema del concurso aparente de leyes, Cámara Penal, utilizó el principio de consunción en donde la norma que regula Depósito ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas contenido en el Artículo 115 de la Ley de Armas y Municiones, absorbió, desplazó o consumió al tipo penal de Depósitos no autorizados, regulado en el Artículo 402 del Código Penal, que es la norma desplazada.

“En ese orden de ideas, atendiendo a los hechos acreditados y citados que cometió el acusado, resulta claro establecer que su conducta se encuadra en dos preceptos, el primero regulado en el Artículo 402 del Código Penal (depósitos no autorizados), y que se considerará la norma desplazada, por contener el juicio de reproche de menor intensidad, y el segundo regulado en el Artículo 115 de la Ley de Armas y Municiones (depósito ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas) que se considerará la norma desplazante, por contener un juicio de reproche mayor, al aglutinar ambas conductas en una relación de necesidad; esto puede explicarse como la voluntad del legislador al crear una norma especial como la Ley de Armas y Municiones, la cual estableció normas penales severas para los

infractores en la tenencia, portación, depósito, entre otros, de armas de fuego en cuanto a las autorizaciones que la «DIGECAM» extiende para el efecto, así las cosas, la norma desplazante en el caso concreto, es decir, el Artículo 115 de la Ley de Armas y Municiones, que contiene el delito de depósitos ilegales de armas de fuego uso civil y/o deportivas, contiene dentro de su estructura un prejuzgamiento por sobre la autorización de ser depositario de armas de fuego, lo cual permitiría realizar el proceso de registro, y, al no hacerlo, se incurriría en la conducta típica, por lo que, tal eventual desvalor acarrea de manera entera el desvalor que pretende castigar la norma desplazada, el Artículo 402 del Código Penal que contiene el delito de depósitos no autorizados, pues en principio, dicha norma únicamente prevé una sanción penal menor para quienes no realicen un procedimiento administrativo tendiente a regularizarse como depositarios de armas de fuego, mientras que la norma desplazante consume ambas autorizaciones. Este Tribunal ha de concluir que en el presente caso, ante la existencia de un concurso aparente de leyes penales, que suscitó por la existencia de una norma general (Artículo 402 del Código Penal) y una norma especial (Artículo 115 de la Ley de Armas y Municiones), que *aún* y cuando no regulan conductas idénticas, sí contemplan de manera fáctica consecuencias coaligadas de manera inseparable, debe propugnarse por la aplicación de la norma correcta, lo cual a través de la utilización del criterio de consunción para solucionar concursos de leyes, permite llegar a la conclusión que el procesado es responsable únicamente del delito de depósito ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, el cual sanciona el desvalor contenido en el delito de depósitos no autorizados. De la procedencia del agravio expresado por el ente fiscal y al resultar procedente el cambio de calificación jurídica solicitado, este Tribunal

procede a imponer la pena respectiva para el delito de depósito ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, para lo cual debe atender a la norma existente para tal efecto, es decir, el Artículo 65 del Código Penal; en ese sentido, debe advertirse la limitación que este Tribunal impositor de la pena encuentra bajo el principio *non reformatio in peius*, el cual impediría imponer una sanción más lesiva a la que originalmente se encontraba condenado el acusado, ergo, ésta debe quedar fijada partiendo de las consideraciones hechas por el tribunal de sentencia en la plataforma fáctica y no puede exceder de la impuesta por este último, así las cosas, la pena debe quedar fijada en el mínimo contemplado por el Artículo 115 de la Ley de Armas y Municiones. En ese sentido, se concluye que la Sala impugnada incurrió en la indebida aplicación del Artículo 402 del Código Penal, en relación a la indebida interpretación del Artículo 115 de la Ley de Armas y Municiones, al seleccionar una norma penal general de menor intensidad apegada al principio *favo rei*, el cual ya se explicó su función en el ámbito procesal y no en la aplicación sustantiva de preceptos penales, para la cual existen criterios interpretativos de solución en caso de concurso de leyes”. (Parte de la sentencia de Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, contenida en Expedientes acumulados 2221-2020, 2222-2020, 2228-2020, 2281-2020 y 2301-2020. Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 12 de enero de 2021, pp. 26-28).

La Corte de Constitucionalidad al resolver el amparo que denegó, realizó el análisis de la sentencia proferida por Cámara Penal, y entre otros argumentos indicó:

“Derivado de ello, el Tribunal de Casación, de manera acertada, estimó prudente que debía resolver el concurso de leyes penales mediante el criterio de *consunción*, que concurre cuando la realización de un delito más grave incluye la realización de otro menos grave, los cuales, a pesar de no ser idénticos, comparten una relación causal, atendiendo a la consecuencia jurídica provocada por ambos tipos penales. Para el caso concreto, la solución brindada consistió en establecer que el tipo penal de Depósitos no autorizados, regulado en el Artículo 402 del Código Penal, consistió en la norma desplazada, y el delito de Depósito ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, estipulado en el Artículo 115 de la Ley de Armas y Municiones, fue considerada como norma desplazante, porque este último contiene dentro de su estructura un prejuizgamiento sobre la autorización de ser depositario de armas de fuego, lo cual permitiría realizar el proceso de registro y, al no hacerlo, se incurriría en la conducta típica, por lo que, tal eventual desvalor acarrea, de manera entera, el desvalor que pretende castigar la norma desplazada, por lo que, arribó a la conclusión de determinar la concurrencia de los agravios expuestos en casación, por la indebida aplicación del Artículo 402 del Código Penal, relacionado con la interpretación indebida del Artículo 115 de la Ley de Armas y Municiones y determinar la responsabilidad del procesado por la figura penal de Depósito ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, como había sido resuelto por el Tribunal de Sentencia, e imponerle la pena de cinco años de prisión incommutables, bajo el argumento que, por el principio de consunción, debía aplicarse la norma que contenga la disposición más severa, pues se entiende que conlleva también, el desvalor de la norma desplazante, así como de la desplazada.

Lo anterior evidencia, contrario a lo manifestado por los postulantes, que la argumentación esgrimida por parte de la autoridad objetada, al declarar la procedencia del recurso de casación promovido y, como consecuencia, dejar sin efecto la extensión que la Sala de Apelaciones estimó para los demás sindicados, fue abundante, precisa, completa, clara, concisa y suficiente para arribar a la decisión asumida, dando una respuesta adecuada a cada uno de los agravios invocados en el recurso de casación, derivado de un análisis integral del caso concreto y las constancias procesales, con el debido sustento lógico y jurídico pertinente, en apego al caso de procedencia invocado en el caso concreto, sin que pueda evidenciarse un exceso en sus atribuciones ni la aplicación indebida de la ley ni de las garantías procesales esenciales que rigen el proceso penal, sino más bien, una actuación enmarcada en ley y conforme a Derecho.

Por lo anteriormente considerado, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, al emitir el acto reclamado, actuó en el ámbito de las facultades que le otorgan los Artículos 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala y 442 del Código Procesal Penal, sin que ese proceder traiga aparejada vulneración a los derechos y principios jurídicos denunciados, razones por las que la acción constitucional promovida deviene notoriamente improcedente (...). (Corte de Constitucionalidad, Expedientes acumulados 2221-2020, 2222-2020, 2228-2020, 2281-2020 y 2301-2020, sentencia de fecha 12 de enero de 2021, pp.32-33)

5. Principio de subsidiariedad

Por este principio, el precepto subsidiario se aplicará en defecto del principal. La norma subsidiaria se utiliza cuando la principal no es aplicable, porque la tipicidad corresponde a una afectación más intensa del bien jurídico que interfiere a la que abarcaba una afectación de menor intensidad. En la subsidiariedad hay un mismo bien jurídico en diferentes grados de afectación. Por ejemplo, tentativa de homicidio y lesiones graves. La afectación producida por la norma subsidiaria es menos peligrosa, menos grave, menos afectiva, es insignificante en relación a la principal. La subsidiariedad, puede ser expresa si taxativamente está contenida en la ley penal, o tácitamente deducible en aplicación de la doctrina y la jurisprudencia, cuando no se regule en el Código Penal o Ley penal especial. Se conoce con el aforismo la ley primaria deroga la subsidiaria (*lex primaria derogat legi subsidiaria*).

La subsidiariedad es el fenómeno jurídico valorativo que tiene lugar cuando la tipicidad correspondiente a una afectación más intensa del bien jurídico interfiere a la que abarcaba una afectación de menor intensidad. En líneas generales, este concepto coincide con el de Honing, según existe subsidiariedad si diferentes preceptos jurídicos se refieren al mismo bien jurídico en diferentes grados de afectación. La determinación penal subsidiaria no tiene aplicación después de la aplicación de la primaria, porque aquella, pese a haber tenido lugar en forma necesaria, como menos peligroso de afectación, queda fuera de consideración como menos significativa. (Zaffaroni, 2001, p.833)

Por su parte Mir Puig (1990), además de compartir las mismas ideas, agrega una serie de ejemplos para explicar especialmente la subsidiariedad tácita.

Varios grupos de casos suelen incluirse entre los presupuestos de subsidiariedad tácita. Por una parte, aquéllos en que el sujeto interviene al mismo tiempo como partícipe y como autor, o con distintas modalidades de participación (así, inducción y complicidad): Se considera subsidiaria la forma de intervención menos grave, que ha de ceder frente a la más grave. Por otra parte, el delito imprudente es subsidiario respecto del doloso. Por último, se dice que las fases delictivas anteriores a otras más avanzadas son subsidiarias de éstas (así, por ejemplo, la tentativa se considera subsidiaria respecto de la consumación y los delitos de peligro concreto respecto de lesión del mismo objeto, mientras que se niega que lo sean los delitos de peligro abstracto porque suponen un peligro más colectivo que no se agota en la lesión que se produzca). (739-740).

El autor anterior de origen español igual que Francisco de Muñoz Conde (2015), se refieren a la subsidiariedad expresa y a la subsidiariedad tácitamente deducible, porque así lo establece la ley penal de España: “El precepto subsidiario se aplicará, ya sea tácitamente o deducible” (Artículo 8.2 Código Penal español). Como se indicó Guatemala, no lo regula, pero *lege ferenda* en el Proyecto del Nuevo Código Penal, se prohíbe la subsidiariedad tácitamente deducible “La norma subsidiaria se aplicará sólo en defecto de la principal, cuando se declare expresamente esa subsidiariedad. (Artículo 12 inciso 4º, Iniciativa de Ley No 5494 Congreso de la República).

El precepto subsidiario se aplicará en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea esta tácitamente deducible. La norma subsidiaria se utiliza cuando la principal no es aplicable. Así, por ejemplo, si alguien coopera en la realización de un delito su contribución solamente puede ser calificada de complicidad necesaria (art.28.b), pues este último precepto es de aplicación preferente. El principio de subsidiariedad es una forma de evitar que la no concurrencia de determinados requisitos deje sin sanción un hecho que, de todos modos, puede ser sancionado por otro precepto que no exige esos requisitos. Así, por ejemplo, el abandono de un recién nacido puede ser calificado como abandono de menores (art.229), siempre que el abandono del menor no se haya producido con ánimo de matarlo, pues en ese caso existiría homicidio o asesinato (Art. 138 o 139). (pp. 505).

De acuerdo a la doctrina aquí presentada, se puede presentar un caso en donde a una mujer que disparó en contra de su marido, causándole heridas en abdomen, que le causaron parálisis en las extremidades inferiores, y que la acusen por los tipos penales de parricidio en grado de tentativa (Arts. 131 y 14 Código penal) y lesiones gravísimas (Art. 146 Código penal). En aplicación de la subsidiariedad tácitamente deducible, el tipo penal de parricidio es subsidiario del de lesiones gravísimas, porque el primero es en tentativa en donde se puso en peligro la vida, mientras el segundo delito desplaza al subsidiario porque es un delito consumado, se afectó con mayor intensidad la integridad física de la persona.

Otro ejemplo, sería que una persona haya disparado en contra de otra en una pierna, y se le acuse por tentativa de homicidio. Si la afectación al

bien jurídico estuvo en una pierna, produjo lesiones que habrá que indicar el informe médico forense cuanto tiempo necesita de tratamiento y cuánto tiempo no podrá el lesionado trabajar, para establecer el tipo de lesiones.

Por el momento no hay jurisprudencia de Cámara Penal ni de Corte de Constitucionalidad, en cuanto al principio de subsidiariedad como una de los criterios interpretativos en el concurso aparente de leyes. Sin embargo, el defensor público debe ser creativo y leer la doctrina para encuadrar la conducta si fuera posible en los casos de subsidiariedad que proponen los autores.

En forma de conclusión, la idea es que el concurso aparente de leyes o concurso aparente de normas, o unidad de la ley, sea una herramienta dogmática que defensores y defensoras públicas conozcan, para evitar casos de erróneas interpretaciones que conllevan en determinados casos a un inadecuado concurso ideal de delitos.

Referencias bibliográficas

- Bacigalupo, Enrique. (1999) Derecho penal parte general. Segunda edición totalmente renovada y ampliada. Argentina. Editorial Hammurabi SRL
- Matus A, Jean-Pierre. (1997) El concurso aparente de leyes en la reforma penal latinoamericana. Revista Chilena de Derecho, Vol. 24 No 3.
- Mir Puig, Santiago. (1990). Derecho Penal Parte General. 3ª Edición. Barcelona. Editorial PUU Promociones Universitarias S.A.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. (2015). Manual de Derecho Penal Parte General. 2ª edición. Valencia España. Tirant lo blanch, editora.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, (2001) Manual de Derecho Penal Parte General. México. Editorial Porrúa.

Legislación

- Código Penal, Decreto No 17-73 del Congreso de la República.
- Iniciativa de Ley No 5494 Congreso de la República. Nuevo Código Penal.

Jurisprudencia constitucional

- Expedientes acumulados 2221-2020, 2222-2020, 2228-2020, 2281-2020 y 2301-2020, sentencia de fecha 12 de enero de 2021.
- Expediente 3066-2014, sentencia de fecha 28 de abril de 2015.
- Expediente 1404-2013, sentencia de fecha 31 de octubre de 2013.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal

- Expediente No. 1205-2013, sentencia de Casación del 24/03/2014. Criterios Jurisprudenciales penal. 2014.
- Expediente No. 1192-2012, sentencia de Casación del 20/07/2012. Criterios Jurisdiccionales Penal, 2012.
- Expediente No. 1125-2014, sentencia de casación del 11/06/2015, Criterios Jurisdiccionales Penal 2015.

**Legítima Defensa con fundamento en la
recomendación general número 1 del
Mecanismo de seguimiento de la Convención
de Belém do Pará (MESECVI)
desde la Perspectiva de Género**

M.A. Jeydi Maribel Estrada Montoya

En los casos de las mujeres que dan muerte a sus esposos en contextos de violencia, pareciera que la legítima defensa resulta inaplicable en estos casos, sin embargo, en el presente artículo se pretende que al analizar las definiciones de teoría de género, violencia y cada uno de los elementos de la legítima defensa se pueda acreditar y pedir a los jueces se aplique esta causa de justificación, fundamentándonos en la recomendación general numeral 1 del Mecanismo de seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MISECVI) que da directrices para la interpretación de la causal de justificación de la legítima defensa en casos de mujeres víctimas de violencia.

Es de suma importancia abordar los conceptos de teoría de género antes de que se proceda al análisis de la causa de justificación de legítima defensa, los que se desarrollan a continuación.

1. Sexo

Es la construcción natural referida a las características físicas, biológicas, anatómicas y fisiológicas de los seres humanos, que los define como macho y hembra. Esta definición tiene que ver con aspectos de reproducción humana y es lo que determinó y aún sigue determinando una condición de inferioridad de la mujer por el sexo.

Esta diferencia biológica se plasmó en una diferencia de participación en diferentes ámbitos: en el económico se le relegó a la dependencia, en lo jurídico fue inexistente, socialmente fue destinada a las tareas domésticas y considerada en la teoría y en la práctica inferior al hombre.

2. Género

Es el conjunto de prácticas, símbolos, representaciones, normas y valores sociales, que las sociedades, construyen a partir de las diferencias sexuales, anatómicas y fisiológicas entre hombres y mujeres, dando sentido a la reproducción y relaciones de poder entre ambos. Es entonces cada cultura, cada sociedad y cada época quienes marcan el deber ser de los hombres y el deber ser de las mujeres.

En el Manual de Estrategias de Litigio con Enfoque de Género, (2006) se indica que la categoría de género es por lo tanto una herramienta de análisis social que permite identificar y examinar las diferencias entre hombres y mujeres establecidas en la vida social, es decir; facilita observar las desigualdades existentes a partir del sexo de las personas y cómo éstas repercuten en un espacio social.

Para poder develar éstas desigualdades que se han formulado en torno al sexo surge la teoría de género y la perspectiva de género que a continuación definiremos, pues serán de vital importancia para la metodología que aplicaremos en el análisis de casos penales.

3. Teoría de Género

Según el Manual de Estrategias de Defensa con Enfoque de Género (2006), “Género es el conjunto de conocimientos, categorías, hipótesis, interpretaciones, valores y prácticas relativos al conjunto de fenómenos históricos, construidos en torno al sexo”.

El principal aporte de esta teoría fue develar los sistemas de poder, en donde la mujer ocupa un espacio de inferioridad y el hombre de superioridad. En estas relaciones de poder que revela la teoría de género, vemos como muchas mujeres por patrones de crianzas patriarcales son orilladas a cometer delitos derivadas de esas relaciones de poder.

Está teoría permite el estudio de hombres y mujeres no como seres fijos sino como sujetos históricos construidos socialmente.

4. Perspectiva de Género:

La perspectiva de género es una herramienta que permite visualizar los distintos mecanismos, formas y efectos de la construcción social de los géneros masculino y femenino poniendo en el centro del análisis las relaciones de poder entre hombres y mujeres. Esta herramienta tiene como propósito develar las desigualdades que se derivan de estas relaciones y señalar los caminos para que las mismas sean modificadas.

En palabras de Andrea Díez (2,005): "... permite relevar el impacto específico de género en las normas, reglas, estructuras y procedimientos".

La perspectiva de género permite hacer propuestas, programas y acciones alternativas a efecto de solucionar las opresiones de género y la disparidad.

5. Síndrome de mujer agredida en mujeres sindicadas del delito de parricidio

La Dra. Lenore E. Walker (2012), psicóloga experta en el estudio del maltrato en la mujer, explica el ‘Síndrome de la Mujer Maltratada’ en base a dos teorías: primero la “Teoría de la Impotencia Aprendida” y segundo la “Teoría del Clico del Maltrato”

5.1. Teoría de la impotencia aprendida

La Dra. Leonor Walker (2012) formuló la teoría de la “impotencia o indefensión de la mujer maltratada”, basándose en los hallazgos conducidos por los experimentos realizados con unos perros por el psicólogo y escritor Dr. Martin Seligman y sus colegas, en la Universidad Cornell, en 1967. El Dr. Seligman expuso por primera vez la condición psicológica reconocida como “impotencia aprendida”, que consiste en la situación en la que se encuentran aquellos seres humanos que han aprendido a comportarse de forma pasiva ante todo tipo de problemas. Por lo general, estas personas sienten que son incapaces de hacer nada ante ellos a pesar de que, ante sí, tienen multitud de oportunidades auténticas para cambiar la situación.

La Dra. Walker, explica como la mujer que ha experimentado la violencia queda incapacitada para controlar su voluntad, a través del tiempo, desarrollando así la “condición de impotencia aprendida”. Esta condición previene el que una mujer maltratada pueda percibir o actuar cuando se les presenta una oportunidad para poder escapar de la violencia. Se basa en la hipótesis de que tempranas influencias sociales en una mujer facilitan la condición psicológica de impotencia, lo que hace que las mujeres se sientan incapaces de poder controlar positivamente sus vidas.

La Dra. Walker expone: que la “impotencia aprendida” es la responsable de la deficiencia cognoscitiva emocional y conductual que se observa en la mujer maltratada, es lo que le afecta negativamente y le retiene en la relación abusiva.

Características de la Impotencia Aprendida

- El maltrato repetitivo disminuye en la mujer su capacidad para responder, se convierte en sumisa. Su personalidad pasa a ser pasiva.
- La habilidad cognoscitiva para percibir el éxito cambia en la mujer. Ella no cree que su respuesta le traerá resultados favorables, así lo sean o no.
- La mujer maltratada no cree que nada de lo que ella haga alterará el futuro o su destino.

El sentido de bienestar emocional pasa a ser precario y se vuelve más propensa a la depresión y a la ansiedad.

5.2. Teoría del ciclo del maltrato

La victimización prevalece debido al ciclo de la violencia. La teoría prueba que el maltrato no es al azar o constante, que más bien ocurre en ciclos repetitivos, compuestos por tres fases, que podrían tener un lapso de tiempo de algunos meses de duración:

- Fase de Tensión Acumulativa - La víctima intenta calmar a su agresor, se muestra comprensiva, trata de ayudarlo haciéndole razonar o se mantiene silente para que se calme. Se va apartando sin darse cuenta de sus grupos de apoyo, amistades y familiares. Trata de ser agradable,

pasiva, retirada y se esfuerza por hacer las cosas como al agresor le agradan o le complacen. La acumulación de tensión comienza a intensificarse con ciertos episodios de abuso verbal y subidas de voz, que se hacen más frecuentes, cuando se da paso al siguiente período. (El alcohol o las drogas son siempre elementos agravantes.)

- Fase de Maltrato Agudo - La tensión acumulada genera un estado de rabia descontrolada, con episodios de abuso físico y sexual, por lo general. El agresor abusa de su pareja, la insulta, le grita, la abusa sexualmente, la agrede, la humilla, la maltrata, rompe o destruye pertenencias, por lo general valiosas para la víctima, la amenaza, entre otras. La mujer se siente desamparada, se ve en la necesidad de protegerse de quien ella confiaba para protegerle, se siente aterrorizada, queda terriblemente herida, el dolor la paraliza, queda totalmente indefensa y no reacciona razonablemente.
- Fase de Calma y Reconciliación - Se caracteriza por la ausencia de tensión o violencia. El agresor percibe la pérdida de confianza de la víctima, la ve vencida y sin esperanzas; por miedo a perder quien le nutre el ego, la responsabiliza por lo sucedido, le echa la culpa y se excusa a sí mismo, cambia su actitud hacia la víctima, buscando la manera de retenerle, insiste en su inocencia y la llena de esperanza haciéndole creer que todo puede continuar bien. Se da un periodo de aparente complacencia y consideración, de parte del agresor. La catarsis que había dado paso a la rabia descontrolada, que pudo haber envuelto la intervención policiaca o el arresto, se transforma en docilidad, remordimiento y trata de ser perdonado, a través de regalos

y consideraciones hasta que las tensiones comienzan a acumularse de nuevo, comenzando nuevamente la primera fase.

Entendiendo el ciclo de violencia y el síndrome de impotencia aprendida podemos proceder a analizar la legítima defensa en los casos de mujeres que dan muerte a sus esposos en contextos de violencia.

6. La Legítima defensa con perspectiva de género:

Estudios que se han hecho a nivel de Latinoamérica sobre la aplicación de la legítima defensa a mujeres que son víctimas de violencia por parte de sus parejas y en este contexto dan muerte a los mismos, dan cuenta de que ésta no se aplica ya que a lo sumo se ha logrado la aplicación del miedo invencible, el estado de emoción violenta, que dan como resultado una atenuación de la pena y que generalmente tienen relación con la normalidad psíquica de la mujer, pero no se aplica la legítima defensa como una causa de justificación.

La violencia contra las mujeres y las posiciones de subordinación que se dan en la sociedad y se reproducen en el interior de las familias, hace necesario argumentar en la teoría del caso la perspectiva de género. En estos casos la perspectiva de género sirve para deconstruir el androcentrismo¹ que siempre ha acompañado a esta causa de justificación. Para esto el evidenciar en el proceso la experiencia de vida de las mujeres y las circunstancias en que sucedieron los hechos surgen como aspectos importantes para construir la teoría del caso. La figura de la legítima

1 Androcentrismo: Se produce cuando un estudio, un análisis o investigación se enfoca únicamente desde la perspectiva masculina, presentándola como central a la experiencia humana y por ende como la única relevante.

defensa se encuentra prevista en nuestra legislación en el Artículo 24 del Código Penal. Esta norma establece que es causa de justificación la Legítima defensa: “1º. Legítima defensa. Quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en defensa de la persona, bienes o derechos de otra, siempre que concurran las circunstancias siguientes: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del defensor...” A pesar de existir esta figura en el Código Penal su aplicación no siempre redundaría en beneficio de las mujeres que respondieron con violencia a los ataques de su pareja o expareja.

Según estudios especializados en derecho penal y género comenzaron a identificar que las mujeres maltratadas que dan muerte a sus esposos no conseguían beneficiarse de la eximente de la legítima defensa (Larrauri, 1994: 1; Larrauri 2002; Frigon, 2000).

En la concepción tradicional de la doctrina penal se encuentran sesgos como, por ejemplo, el considerar que en el matrimonio debe haber una obligación de sacrificio más elevado que en otras relaciones, por lo que se exige que al rechazar ataques de un cónyuge la parte agredida debe procurar evitar realizar un ataque grave o aceptar un daño leve en sus bienes antes que atacar al agresor. Esta concepción hace casi imposible aplicar el derecho de defensa entre esposos, considerando que la persona que es amenazada en su integridad debería evitar la agresión u optar por aplicar el medio más leve. Estas concepciones no ayudan a solucionar el problema, sino que hace que permanezca oculto el problema de la violencia intrafamiliar y además lo que es peor faculta el uso de la fuerza para que

se mantengan las relaciones de dominio en los vínculos familiares. No obstante, la doctrina penal se elabora en términos neutrales, se origina en mitos y estereotipos que habilitan la práctica de la violencia de género frente a eventos que de no existir la relación de pareja serían considerados como legítima defensa.

“Los entornos de violencia doméstica son de indispensable estudio para abordar el proceso penal de mujeres que dan muerte a sus parejas, poniendo de manifiesto los ciclos de la violencia que estudiamos anteriormente, los obstáculos materiales, institucionales y subjetivos que encuentran las mujeres para denunciar los hechos y buscar alternativas, así como los sistemáticos niveles de impunidad y escasos recursos de prevención ofrecidos por el Estado.” (Di Corleto, Julieta p.2 2006). En este contexto se hace necesario adaptar desde una perspectiva de género la doctrina tradicional de la legítima defensa para adecuarla a la realidad de las mujeres que se defienden de parejas que las maltratan y formular una mejorada interpretación de los requisitos que se exigen para aplicar la legítima defensa. Bajo este parámetro es necesario adecuar desde una perspectiva de género, la doctrina tradicional de la legítima defensa para adaptarla a la realidad de las mujeres que se defienden de sus parejas maltratadoras y proponer una mejor interpretación de los requisitos que exige la ley y la doctrina para aplicar la legítima defensa siendo estos; agresión ilegítima, inminencia o actualidad de la agresión, proporcionalidad del medio empleado y ausencia de provocación suficiente.

El fundamento para realizar esta diferenciada interpretación de la legítima defensa la encontramos en los Artículos 3 y 4 de la Convención sobre la

eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que establece la adopción de medidas de toda índole para acelerar la igualdad de facto entre hombres y mujeres, sin que puedan ser catalogadas de discriminatoria.

La difícil situación en la que se encuentran las mujeres víctimas de violencia obliga a todos los operadores de justicia a aplicar criterios diferenciados con la finalidad de enmendar la violación de Derechos Humanos que afecta a las mujeres, como sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú, en donde la corte utilizó el impacto diferencial de género como criterio interpretativo, tanto para establecer los hechos, como la calificación y consecuencias jurídicas de los mismos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del penal Miguel Castro Castro contra Perú 25/11/2006). Asimismo, el principio de debida diligencia contenido en el Artículo 7 de la Convención de Belém do Pará apercibe a los jueces a interpretar con perspectiva de género la causa de justificación de legítima defensa contenida en el Artículo 24 del Código Penal.

En el año 2018 el Mecanismo de seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) emitió la recomendación general número 1 que da directrices para la interpretación de la causal de justificación de la legítima defensa en casos de mujeres víctimas de violencia, de acuerdo con la Convención de Belém do Pará. (Recomendación general número 1 del Comité de Expertas del MESECVI sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres de acuerdo con el Artículo 2 de la Convención de Belém do Pará. MESECVI/CEVI/249/18). Dicha recomendación contiene un

análisis con perspectiva de género de cada uno de los elementos de la legítima defensa, que se profundizarán a continuación.

7. Elementos de la legítima defensa con perspectiva de género según la resolución número 1 del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará.

El Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará (MESECVI), en adelante CEVI como también se le conoce al Comité, es el órgano técnico del Mecanismo y es por eso responsable del análisis y evaluación del proceso e implementación de la Convención de Belém do Pará en los Estados Parte.

El Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará ha emitido la recomendación general número 1 en donde establece: "... ha llamado especial atención al Comité la situación recurrente en el caso de mujeres que han terminado con la vida o le han provocado una lesión a sus agresores al ser víctimas de agresiones ilegítimas en el ámbito de sus relaciones interpersonales, ello abarcaría el ámbito doméstico y aquellos actos defensivos frente a agresiones de violencia en razón del género. Esto, de la mano con la existencia de problemas estructurales en el acceso a la justicia para las mujeres en la región, ha causado que muchas de estas mujeres sean procesadas penalmente por el delito de homicidio o de lesiones en sus múltiples tipos, a pesar de haber actuado en defensa de sus propias vidas, e incluso de las de sus

hijas o hijos.” (Recomendación General N. 1 del Comité de Expertas del MESECVI sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres de acuerdo al Artículo 2 de la Convención de Belém do Pará).

En esta recomendación General Número 1 se realiza un análisis de los elementos de la legítima defensa a la luz de la Convención de Belém do Pará que a continuación se detallan.

7.1. Existencia de una agresión ilegítima

El CEVI sostiene que no cabe duda de que la violencia basada en el género es una agresión ilegítima, que no sólo se encuentra sancionada en todas las legislaciones de nuestra región, sino que además se encuentra definida y sancionada en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém de Pará). La misma establece que el concepto de violencia incluye la violencia física, sexual y psicológica.

Debido a las definiciones de la Convención de Belém do Pará, toda violencia basada en motivos de género reúne el carácter de ilegítima por ser una violación a los Derechos Humanos lo que incluye la violencia física, sexual y psicológica.

7.2. Inminencia o actualidad de la agresión

Sobre esta misma línea, el CEVI encuentra que la inminencia permanente de la agresión en contextos de violencia contra las mujeres, se caracteriza por dos elementos. En primer lugar, existe continuidad de la violencia ya que la conducta del agresor en situación de convivencia puede suceder

en cualquier momento y ser detonada por cualquier circunstancia; consecuentemente, la mujer víctima tiene temor, preocupación y tensión “constantes” lo que causa que continuamente espere una agresión. El CEVI considera que debido a que ésta es una situación especial de continuidad de violencia, el requisito de la inminencia debe ser comprendido más allá del momento exacto de la agresión ilegítima, pues esta no ocurre en un momento aislado, formando parte de un *continuum* de violencia donde se podría precisar el inicio, pero no el fin de la situación. En segundo lugar, existe el carácter cíclico de la violencia, en el cual las mujeres que han sido maltratadas anteriormente, muy posiblemente vuelvan a serlo.

Por ello, el CEVI sostiene que se debe comprender la violencia en relaciones interpersonales como una problemática que tiene un carácter cíclico en la vida cotidiana familiar, por lo que es un “mal inminente” para las mujeres que la sufren.

Cuando se cuenta con un patrón regular de violencia, así como con el conocimiento de la mujer de que la violencia va a ocurrir de nuevo, puede considerarse como razonable la convicción de la mujer de que su agresor la iba a asesinar.

La víctima de violencia intrafamiliar conoce a su agresor y cuando va a suceder un ataque ella lo puede sentir ante las conductas del agresor, que, al ser analizadas de manera aislada, puede considerarse que no se da una agresión con las características del Artículo 24 inciso a) del Código Penal, pero que al estar examinadas en forma integral y con perspectiva

de género permite establecer que sí se da este elemento de la causa de justificación.

Distintas fuentes han señalado que el criterio para fijar la inminencia o actualidad de la agresión es cuando no se puede esperar para realizar una defensa más efectiva (Di Corleto, Julieta 2006). Es también muy importante tener en cuenta la característica cíclica de la violencia, lo que obliga a entender la inminencia más allá del momento exacto de la agresión ilegítima. Aquí habrá que distinguir los casos de defensa en confrontación con el agresor de los casos en los que no hay confrontación directa, en este último presupuesto la prueba sobre el carácter continuado de la violencia intrafamiliar, su gravedad y sus efectos se presenta como fundamental para construir la teoría del caso de la defensa.

Suele suceder que en los casos de parricidio muchas veces el ataque de la mujer se da en un momento de discusión, que analizado solo en el momento, puede ser considerado por el juzgador como leve y con una interpretación androcéntrica puede resolver que no hay una agresión ilegítima, sin embargo, una interpretación con perspectiva de género de la situación de la mujer al ser víctima de violencia nos permite entender que es constantemente víctima de agresión y no analizar solamente el último evento, en donde muchas veces solamente existe discusión, sino como una agresión constante, continua y permanente a su integridad tanto física como psicológica. “El juez debe realizar un juicio *ex ante*, colocándose en el lugar del agredido y en el momento en que éste creía inminente o se iniciaba la agresión” de Cerezo Mir (1998 p. 234) En este sentido el Tribunal de Casación Penal Sala I de la Provincia de Buenos Aires,

Argentina afirmó que: “...fragmentar la situación que vive la mujer en ese contexto, entendiendo que su defensa solo puede tener lugar en el preciso momento en que sufre un golpe, sería olvidar que ha sido golpeada anteriormente y volverá a ser golpeada después, amén de su menor fuerza física respecto del hombre. Tanto el condicionamiento social de género como la especial situación de continuidad de la violencia a que está sometida la mujer golpeada, obligan a entender que el ámbito de la legítima defensa necesariamente debe extenderse más allá del momento preciso de la agresión ilegítima, y esto por cuanto la agresión ilegítima no es algo que ocurre en momento aislado, sino que forma parte de un proceso en que se encuentra sometida la mujer golpeada y del cual no puede salir por razones psicológicas, sociales e incluso por amenazas que sufre por parte del agresor. Y amén de ello, en las situaciones en que como en el presente caso conviven con la pareja niños menores de edad, el instituto de la legítima defensa no solo tiene por objeto la propia vida de la mujer, sino también la integridad física y psíquica de aquellos.” (Recurso de Casación de fecha 16/8/2005).

Resulta indispensable aclarar como señala Lorenzo Copello (2020): “el requisito de la inminencia no se encuentra regulado en nuestro Código penal, ya que este requisito solo se invoca por medio de la doctrina, razones por las cuales al no establecer este requisito, nuestra legislación penal para la legítima defensa debemos indicar que realizar una interpretación restrictiva sobre una causal de exclusión de responsabilidad penal entraría en conflicto con el principio de legalidad penal.”

7.3. Necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión

La necesidad racional del medio empleado, no la podemos interpretar de manera androcéntrica sino con perspectiva de género, pues no la podemos analizar como si fuera de la defensa de un hombre contra la agresión ilegítima efectuada por otro hombre. No se le puede exigir a la mujer que se defienda de la agresión de un hombre solo con sus manos; por ejemplo, es necesario debido a la indefensión a la que se encuentra expuesta muchas veces reacciona con lo que tenga a la mano o bien esta misma indefensión la obliga a defenderse oponiéndose a su agresor de la manera más segura posible, para evitar que posteriormente descargue toda la ira contra la mujer en caso de que el medio que utilice falle.

El CEVI enfatiza que la necesidad racional del medio empleado no requiere la proporcionalidad entre la índole de la agresión y la respuesta defensiva, pues existe una relación entre la proporcionalidad y la continuidad de la violencia contra las mujeres en dichas circunstancias. La aparente “desproporción” que ocurre en algunos de estos casos, entre la respuesta defensiva y la agresión, puede obedecer al miedo de la mujer, a que, de no ser eficaz, el medio que usa para defenderse, el agresor puede recuperarse prontamente y descargar toda su ira contra la mujer. Así, el CEVI subraya que existe una relación entre la defensa empleada y los medios con los que las mujeres en estos casos disponían para defenderse.

En cuanto al instrumento utilizado, el CEVI recuerda que la ley no requiere la proporcionalidad del mismo, sino la falta de desproporción inusual entre la agresión y la defensa en cuanto a la lesión. Por ello, la defensa no

puede ser calificada como irracional si la superioridad física del agresor le impide a la mujer víctima utilizar el mismo medio para defenderse.

Al momento de juzgar, en estos casos el juez debe realizar un análisis de los hechos antes del suceso, colocándose en la situación de la persona autora, y en el momento del hecho. Además, para el CEVI es indispensable considerar el contexto de las mujeres víctimas de violencia al momento de juzgar la racionalidad del medio empleado como elemento de la legítima defensa.

En cuanto a este elemento de la legítima defensa el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires Argentina ha indicado: “En las situaciones en donde el enfrentamiento es entre una mujer y un hombre -con el que ésta convive- no siempre existe la posibilidad de elección entre un medio más grave o menos grave, sino en la utilización de la única forma posible de defensa. Y por las características particulares de socialización, educación, experiencias personales –inclusivas o no de violencia doméstica- y, muchas veces, contextura física de la mujer, es claro que ésta debe defenderse cuando el hombre se encuentra desprevenido y con sus defensas bajas, a diferencia del hombre que comúnmente no necesita de esta circunstancia para consumir su defensa. Así, el arma, que surge generalmente como demostrativa del dolo de matar y como indicador de mayor peligrosidad, se presenta en estos casos como el medio necesario para llevar la defensa, ya sea de lesiones o de muerte”. (Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala 6, L., S.B. s/recurso de casación interpuesto por Particular Damnificado y L., S.B. s/recurso de casación interpuesto por Agente Fiscal de fecha 5/7/2016).

7.4. Requisito de falta de provocación

El requisito de falta de provocación por parte de la persona que se defiende ha sido entendido en el derecho penal como la falta de una conducta anterior, por parte del agredido, proporcional a la entidad de la agresión o de cierta gravedad. El CEVI ha encontrado que el requisito de falta de provocación ha sido utilizado de forma errónea. Comúnmente se cree; por ejemplo, ante denuncias de violencia sexual, que la mujer la provocó. Así las cosas, los estereotipos de género causan que se insinúe que la mujer consintió lo que le pasó, o en lo menos, que ella generó que la agredieran, bien sea por andar sola, por andar de noche, por su comportamiento, por su forma de vestir.

El CEVI enfatiza que la legítima defensa supone una reacción a una agresión ilegítima que ponga en riesgo un bien jurídico protegido, como son la vida y la integridad personal. Sostener que es el comportamiento de la mujer el que origina la agresión ilegítima y desnaturaliza la legítima defensa y refuerza estereotipos negativos de género, e ignora el prólogo de la Convención que menciona como la violencia contra las mujeres es una violación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de las mujeres, así como “una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres”, por lo que no es provocada bajo ninguna circunstancia.

Los Defensores y Defensoras en su litigio estratégico deben acreditar y solicitar que sean valorados los contextos de violencia y vulnerabilidad de las mujeres sindicadas en los distintos niveles de la teoría del delito.

Considero que la recomendación General número 1 del MESECVI, nos da herramientas para argumentar la aplicación de la legítima defensa en casos de parricidio en donde mujeres dan muerte a sus convivientes en contexto de violencia, y debe ser considerada en las argumentaciones de los y las Defensoras Públicas para realizar el debido control de convencionalidad y los tribunales deben considerar también este documento pues de lo contrario existe un incumplimiento de Tratados Internacionales de Derechos Humanos de las mujeres cuando se interpreta la legítima defensa sin perspectiva de género.

Referencias bibliográficas

- Di Corleto Julieta 2006. Mujeres que matan. Legítima Defensa en el caso de las mujeres golpeadas. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal 5/2006. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Diez, Andrea (2005). ¿Qué significa incorporar la perspectiva de género en las investigaciones de las ciencias sociales?; Guatemala; ICCPG.
- Facio Montejo, Alda (1992). Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis del fenómeno legal). San José Costa Rica. ILANUD.
- Larrauri, Elena. (1994). Control formal: y el derecho penal de las mujeres. En mujeres, derecho penal y criminología. Editorial Siglo veintiuno, Madrid
- Larrauri, E (1994) Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del Derecho Penal. Jueces para la democracia. Madrid.
- Walker, Leonor (2012). El síndrome de mujer maltratada. Desclée de Brouwer Editores.
- Walker, Lenore E. (1984). The Battered Woman Syndrome. New. York, USA: Springer.<http://victimasportal.org/2008/04/23/sindromemujermaltratada/ENLACE>

Documentos de Organismos Internacionales:

- MESECVI (2018). Recomendación General Número 1 del Comité de Expertos del MESECVI sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres de acuerdo con el Artículo 2 de la Convención de Belém do Pará. MESECVI/CEVI/doc.249/18.
- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. (Convención de Belém do Pará).

Jurisprudencia Internacional:

- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del penal Miguel Castro Castro contra Perú 25/11/2006.
- Tribunal de Casación Penal Sala I de la Provincia de Buenos Aires Recurso de Casación de fecha 16/8/2005.
- Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires Argentina Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala 6, L., S.B. s/recurso de casación interpuesto por Particular Damnificado y L., S.B. s/recurso de casación interpuesto por Agente Fiscal de fecha 5/7/2016).

El derecho a la intimidad y la privacidad en el proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal

Lic. Marco Tulio Payes Reyes

“Aprehendidos seis adolescentes sindicados de sicarios. Siete adolescentes fueron protagonistas de varios crímenes ocurridos ayer en el departamento de Guatemala, seis de ellos señalados de haber perpetrado hechos criminales. Además, una menor resultó herida de bala”. (Prensa Libre, 2015)

A medida que crece la criminalidad juvenil la sociedad guatemalteca escucha, lee y ve titulares que identifican a los adolescentes como personas no deseadas por la sociedad y que debe caer sobre ellos todo el peso de la ley como si se tratasen de personas adultas con un grado de madurez alto para tomar decisiones de las cuales deben sufrir las consecuencias, condenándoles mediáticamente sin un juicio previo, sin tener en cuenta el debido proceso y la presunción de inocencia y sobre todo desconociendo los objetivos del proceso de reinserción.

Los medios de comunicación y por ende los periodistas deben abordar las noticias de adolescentes en conflicto con la ley penal, de conformidad con lo que establece el Artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño que regula: “1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques” (Organización de la Naciones Unidas, 1989).

Lo anterior es importante cuando se cubre una noticia al fotografiarles, grabar imágenes o videos, esta actividad periodística debe respetar el

derecho a la intimidad y privacidad de los niños, niñas y adolescentes, ¿Por qué es importante este respeto? porque la afectación para su plan individual de vida y proyecto educativo se vería seriamente afectado al tener un estigma por parte de la sociedad, el proceso de reinserción a la sociedad y a la familia no tendrá los efectos que se proponen, pues cuando termine el proceso aunque haya tenido éxito el adolescente no tendrá cabida en la sociedad.

Cada vez es más frecuente la divulgación mediática de adolescentes en conflicto con la ley penal, sin tomar en cuenta sus derechos, como bien se puede observar en los titulares de prensa, radio y televisión, esto trae como resultado que la sociedad guatemalteca se cree prejuicios en contra de los adolescentes y ponga en el olvido los principios, derechos y objetivos de la Convención de los Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

Para entender los derechos, principios y objetivos del derecho convencional juvenil es necesario recordar el propósito de la convención y las leyes que protegen los derechos de los adolescentes y entender los principios que las regulan, habrá que hacer un breve esbozo de estas normativas y el rol del abogado defensor (a) que debe desempeñar como garante de esos derechos.

Hace treinta dos años, el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve fue aprobada la Convención de los Derecho del Niño (en adelante CDN o La Convención), ésta normativa nació después de diez años de aportaciones de diversas sociedades, culturas y religiones, quedando en

ella plasmados los Derechos de la niñez y adolescencia, la problemática que viven los niños, niñas y adolescentes a nivel mundial, tanto en su protección y abrigo así como su reinserción, cuando infringen la ley, éstos fueron parámetros para emitir un cuerpo legal internacional y de obligatoriedad para los países firmantes, principalmente porque en ella se establece la visión que debe tener cada Estado sobre los Derechos del Niño (menor de 18 años) de una forma integral, desde su concepción del mundo, su desarrollo físico y mental así como el contexto de crianza.

Lo anterior nos lleva a pensar en el principio de la “especialidad”, este principio es la base para aplicar el derecho a la intimidad y privacidad en el proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal, siendo una especialización que abarca las ciencias jurídicas, sociales y psicológicas, que involucra a los jueces, los abogados, los sociólogos, los psicólogos y los progenitores que intervienen en los procesos de adolescentes en conflicto con la ley penal, sin dejar de lado el papel que debe jugar la sociedad y el gremio periodístico que también debe de ser especialista para abordar los temas de la niñez y la adolescencia.

La raíz de la especialización queda establecida en el preámbulo de la CDN que describe: “...Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una **protección especial** ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los Artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en

particular, en el Artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los **organismos especializados** y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,” (el resaltado es del autor).

Lo antes indicado nos hace razonar que el niño (entiéndase niño, niña o adolescente) necesita de una regulación especial y por ende una atención especializada de parte de los sectores involucrados en aquellos casos cuando se infrinja la ley penal y se deba atender a los menores.

El Artículo 40 de la CDN, establece la administración de la justicia de menores, velando porque todo niño (adolescente) que haya infringido la ley penal, y sea acusado o declarado culpable se deben respetar sus derechos fundamentales, entre otros las garantías de un procedimiento equitativo respetando el principio del interés superior del niño. El Estado de Guatemala como firmante de la Convención, también está comprometido con el cumplimiento de la misma, es por ello que en concordancia con lo que establece el Artículo 20 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “Artículo 20.- Menores de edad. Los menores de edad que transgredan la ley son **inimputables**. Su **tratamiento** debe **estar orientado hacia una educación integral propia para la niñez y la juventud**. Los menores, cuya conducta viole la ley penal, **serán atendidos por instituciones y personal especializado**. Por ningún motivo pueden ser reclusos en centros penales o de detención destinados para adultos. **Una ley específica regulará esta materia.**” (el resaltado es del autor).

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala respecto al tema de la inaplicabilidad del derecho penal a niños, niñas y adolescentes ha opinado

que: “[...] el niño y el adolescente por imperativo constitucional y legal están fuera del área del derecho penal y **sólo pueden ser sometidos a medidas puramente tutelares y educativas [...]**”. (el resaltado es del autor) **Expediente 1527-2006. Sentencia de fecha 6 de noviembre de 2007** (Corte de Constitucionalidad, 2007).

En ese sentido, el proceso para atender a los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, deja de ser retributivo y se convierte en un proceso puramente *socio-educativo mediante medidas especiales*, y es allí donde estriba la especialidad en este tipo de proceso tanto para los actores judiciales en materia de menores.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Opinión Consultiva número OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, en relación a la Condición jurídica y Derechos del Niño opinó:

“Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en su proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento”. “[...] los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adaptación de medidas pertinentes, solo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad” (CIDH, 2002).

Lo anterior sienta las bases para que los Estados pongan en práctica un proceso de especialización, aunque se han logrado avances por parte del Estado de Guatemala a través del Organismo Judicial al establecer juzgados de adolescentes en conflicto con la ley penal, donde los adolescentes son atendidos por equipos especializados integrados por jueces, psicólogos, pedagogos y sociólogos especializados en velar porque se cumpla la normativa interna y convencional que ayude con el objetivo de reinserir a los adolescentes a la familia y a la sociedad; así mismo; la especialización se extiende a otros operadores de justicia como el Ministerio Público que cuenta con una fiscalía especial, también se garantiza el derecho de defensa especializado ya que se cuenta con una unidad de defensa técnica por parte del Instituto de la Defensa Pública Penal; a su vez el gobierno central a través de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República de Guatemala atiende y administra los centros de privación de libertad de los adolescentes y los que tienen medidas no privativas de libertad dando asesoría y seguimiento a cada adolescente en particular de acuerdo al Plan Individual y Proyecto Educativo elaborado para cada uno.

El que se cuente con un sistema de especialización de justicia juvenil es muy positivo, pero cuando se habla de integralidad, la sociedad también debe estar inmersa en el objetivo de ayudar a los jóvenes hombres y mujeres a su reinserción, por ejemplo, los padres deben asistir a escuelas de padres, la familia transversal debe dar su apoyo, los centros educativos públicos y privados deben de colaborar, los empresarios e industriales deben abrir oportunidades de trabajo.

Pero, ¿Qué hay del papel de los medios de comunicación? ¿Deberían solo interesarse por ser protagonistas de noticias? la respuesta es no, también deben colaborar en la reinserción de los adolescentes, por ello es importante que conozcan los derechos de los jóvenes que han infringido la ley penal, en el que se debe respetar los principios rectores de la justicia juvenil regulados en los Artículos 151 al 154 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, decreto 27-2003, en ellos se establecen el Derecho a la Privacidad, el principio de confidencialidad y el principio de inviolabilidad de la defensa.

De estos preceptos se puede inferir que a los adolescentes se les debe respetar su vida privada y la de su familia la norma especial determina que se prohíbe divulgar la identidad de un adolescente sometido a proceso, por ende, son confidenciales los datos sobre los hechos que hayan cometido y respetar la identidad e imagen del adolescente.

En ese sentido, ¿Qué rol debe desempeñar la defensa técnica de los adolescentes en conflicto con la ley penal? para ello es necesario comprender las responsabilidades que le asigna la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia Decreto 27-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

Una de las responsabilidades más importantes es velar por el respeto de los derechos de los adolescentes, es por ello que el Artículo 167 de la ley indicada establece: "...El abogado defensor deberá: (...) c) Ser garante, bajo su estricta responsabilidad, del respeto de los derechos y garantías reconocidos por esta Ley para el adolescente. (...) g) Denunciar y

accionar ante las autoridades competentes, cualquier amenaza o violación de los derechos humanos del adolescente, que le sea comunicada o tenga conocimiento...” de lo anterior se colige que una de las responsabilidades es ser garante de los derechos de los adolescentes que le hayan sido encomendados para una defensa técnica.

Esta labor de garante principalmente cuando los adolescentes son objeto de cobertura mediática por ser victimarios en un proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal, pudiera parecer que va en contra del derecho que tienen los medios a informar a la población.

Al respecto es oportuno conocer lo que ha opinando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos sobre el tema “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en Las Américas” (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78 13 julio 2011)

“7. Publicidad y respeto a la vida privada

198. El principio de publicidad del proceso, establecido en el Artículo 8.5 de la Convención Americana, tiene limitaciones especiales en la justicia juvenil, donde debe prevalecer la confidencialidad de los expedientes penales y la prohibición de difundir cualquier información que permita identificar a niños acusados de infringir leyes penales. En el marco de los procesos penales juveniles debe garantizarse en todo momento el respeto a la vida privada de los niños acusados. Así lo establecen también las reglas 8.1 y 21.1 de las Reglas de Beijing y la regla 3.12 de las Reglas de Tokio.

199. La Corte Interamericana ha enfatizado que en los casos en los que se considere necesario iniciar un proceso judicial contra un menor de edad, debe regularse estrictamente la publicidad del proceso [174]. Según la Corte:

[...] cuando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad, que trascienden en la vida de éstos, procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos, no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales. Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura [175].

200. De manera similar, en consideración del derecho a la vida privada establecido en el Artículo 16 de la CDN, el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado:

[...] que todos los Estados Partes establezcan la regla de que el juicio ante un tribunal y otras actuaciones judiciales contra un niño que tenga conflictos con la justicia se celebren a puerta cerrada. Las excepciones a esta regla deben ser muy limitadas y estar claramente definidas por la ley. El veredicto/sentencia deberá dictarse en audiencia pública sin revelar la identidad del niño. [...] Además, el derecho a la vida privada también significa que los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros, excepto por las personas que participen directamente en la investigación y resolución del caso [176].

201. Adicionalmente, la regla 8.1 de las Reglas de Beijing establece que, para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a las personas menores de edad, se respetará en todas las etapas, el derecho de los menores a la intimidad.

202. Sobre este aspecto, el Comité de los Derechos del Niño ha establecido que:

[...] No se publicará ninguna información que permita identificar a un niño delincuente, por la estigmatización que ello comporta y su posible efecto en la capacidad del niño para acceder a la educación, el trabajo o la vivienda o conservar su seguridad. Por tanto, las autoridades públicas deben ser muy reacias a emitir comunicados de prensa sobre los delitos presuntamente cometidos por niños y limitar esos comunicados a casos muy excepcionales. Deben adoptar medidas para que los niños no puedan ser identificados por medio de esos comunicados de prensa. Los periodistas que vulneren el derecho a la vida privada de un niño que tenga conflictos con la justicia deberán ser sancionados con medidas disciplinarias y, cuando sea necesario (por ejemplo, en caso de reincidencia), con sanciones penales [177].

203. Por su parte, la CIDH reitera la necesidad de tomar en consideración la privacidad del niño sin disminuir el derecho de defensa de las partes ni restar transparencia a las actuaciones judiciales, para “no caer en el secreto absoluto de lo que pasa en el proceso, sobre todo respecto de las partes”[178].” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos OEA, 2022).

De lo anteriormente indicado y analizado se puede inferir que cuando se vulnera el derecho a la intimidad y privacidad de los adolescentes en conflicto con la ley penal la defensa técnica tiene asidero legal para ser garante de los derechos de sus defendidos principalmente cuando son objeto de escarnio público, debido a una noticia mediática que afectó la reinserción del adolescente a la familia y a la sociedad. En ese sentido quien ejerza la defensa técnica debe desempeñar su papel de garante de los derechos de los adolescentes de los procesos a su cargo velando por que los mismos se respeten tanto por los operadores de justicia, las organizaciones sociales, los medios de comunicación y la sociedad en general accionando los medios legales para que se cumplan los Derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Referencias bibliográficas

- CIDH. (28 de agosto de 2002). Opinión Consultiva. San José, San José, Costa Rica.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos OEA. (26 de julio de 2022). <http://cidh.org>. Obtenido de <http://cidh.org/countryrep/JusticiaJuvenil2011sp/jjindice.sp.htm>
- Corte de Constitucionalidad, 1527-2006 (Corte de Constitucionalidad 6 de noviembre de 2007).
- Organización de la Naciones Unidas. (20 de noviembre de 1989). Convención sobre los derechos del niño.
- Prensa Libre. (13 de febrero de 2015). Aprehendidos seis adolescentes sindicados de sicarios. Aprehendidos seis adolescentes sindicados de sicarios, págs. https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/pandilleros-maras-mareros-pandilla-pandillas-sicarios-pandilleros_sicarios-exotorsionistas.
- Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto No. 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala.
- Constitución Política de la República de Guatemala.

La defensa técnica y los Derechos Humanos de la población LGBTIQ+ en Guatemala

M.A. Edgar Estuardo Melchor Solórzano

*“La búsqueda constante de la realidad, nos
permitirá existir en el futuro”*

La visión mundial de protección de los Derechos Humanos de los ciudadanos, se ve reflejada en la totalidad de documentos, políticas y disposiciones legales de los distintos Estados, sin embargo, se hace necesario realizar un estudio de la realidad jurídica de ese enunciado desde varios puntos de vista, con el objetivo de tener una visión integral de cómo abordar la defensa técnica de estos casos, cumpliendo los estipulados de la ley orgánica del Instituto de la Defensa Pública Penal y en especial en uno de sus considerandos que establece que se **debe procurar la igualdad en la defensa de los Derechos..** permitiendo así un acceso a la justicia que le permita una tutela judicial efectiva en su totalidad al ciudadano. (El resaltado es del autor)

Como parte del sistema de justicia de Guatemala, las defensoras y defensores deben velar por cumplir con los preceptos contenidos en la Constitución Política de la República de Guatemala y leyes ordinarias en el momento de ejercer la defensa técnica en los casos asignados; los Artículos 6 y 9 de nuestra carta magna, en los cuales se refleja que el Estado como único ente soberano se encuentra obligado en resguardar a la ciudadanía de un acceso a la justicia en su totalidad y un respeto perpetuo de la libertad de la población **“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..”** éste párrafo hace referencia que el Estado está totalmente obligado a que se brinde a la población el acceso a la justicia para la resolución de sus conflictos, algo que además puede llegar a considerarse como un Derecho Humano, que le pertenece a todo ciudadano guatemalteco, sobre todo lo que concierne en materia penal y en donde dependiendo a la situación para poder llevarse

a cabo las diligencias en el tiempo menos posible sobre todo lo que se refiere a los casos de flagrancia. (El resaltado es del autor)

En el proceso penal, se tienen plazos constitucionales que se deben respetar para resolver la situación jurídica de las personas que han sido aprehendidas de manera flagrante, siendo una disposición constitucional, es importante destacar que deben ser de estricta observancia, no obstante a ello, no es posible en todos los casos en el territorio nacional por distintas circunstancias de nuestro sistema de justicia, en los departamentos donde actualmente funcionan órganos jurisdiccionales de Paz de turno y de Primera Instancia de turno, se observa la coordinación interinstitucional para el cumplimiento de esta disposición constitucional.

El Instituto de la Defensa Pública Penal ha generado un proceso administrativo de cobertura a nivel nacional realizando énfasis en los departamentos donde funcionan los juzgados indicados anteriormente y en aquellos donde se ha ampliado la cobertura a los Juzgados de Paz para conocer delitos menos graves, para cumplir con la función de prestar la defensa en el desarrollo del proceso penal a todos los usuarios sin ningún tipo de discriminación religiosa, étnica y sexual de manera especializada en la protección de sus Derechos Humanos; en el momento de realizar la defensa técnica de un miembro de la población LGBTIQ+, se debe realizar de forma especializada y con perspectiva de protección diferenciada utilizando legislación penal y procesal adjetiva y sustantiva de carácter nacional, sentencias de la Corte de Constitucionalidad y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos existentes y poder sustentar las argumentaciones y teoría del caso con eficiencia y efectividad.

Las defensoras y defensores públicos deben realizar un estudio y análisis individual de cada caso asignado para realizar de manera efectiva la estrategia de defensa y plasmar la teoría del caso con base en criterios especializados, leyes y doctrinas de protección y reconocimiento de los derechos de la población LGBTIQ+, convenios y tratados internacionales, opiniones y sentencias, así como, opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para cumplir con lo expuesto, se debe iniciar un estudio sobre los distintos principios que pueden ser utilizados en la argumentación respectiva por parte de la defensora o defensor público cuyos orígenes se basan en los principios generales, dogmática procesal penal y en las doctrinas utilizadas por los autores que desarrollan la temática, entre los cuales se indican los siguientes:

- **Principio de igualdad y no discriminación:** El objetivo central de este principio es el resguardo y protección de los seres humanos y de aplicación y exigencia para todos los habitantes sin hacer distinción alguna ya sea por estrato social, económico u orientación sexual sin embargo, algunos de esos Derechos Humanos individuales están consagrados en nuestra Carta Magna, por ello adquieren la característica de derechos fundamentales, otros derechos no están incluidos en dicho texto, pero no se excluyen su aplicación. El Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece la igualdad de todos los seres humanos en dignidad y derechos sin realizar ningún tipo de discriminación; con ello poseemos ya un primer

escenario legal de reconocimiento constitucional; abonado a ello el Artículo 44 establece todo lo relacionado a los derechos inherentes a la persona, otorgando así una protección integral y total del respeto y trato humano que los ciudadanos deben poseer por parte de todos los actores que participan en la sociedad.

1. • **Principio de igualdad formal:** Este principio se basa en la búsqueda y exigencia por parte de los defensores públicos de la aplicación y disfrute de todos los Derechos Humanos comunes para todos los seres humanos, sin hacer ningún tipo de diferencia o discriminación para los mismos, los derechos son comunes para hombres y mujeres e integrantes de la población diversa y en especial en el ámbito judicial en aquellos casos donde se solicitan los servicios de la defensa técnica. El autor Fernando Rey expone que es imperativo prohibir realizar acciones que representen discriminación para el ser humano: “La prohibición de discriminaciones directas e indirectas tiende a exigir la identidad de trato entre hombres y mujeres, entre mayorías y minorías étnicas, entre homosexuales y heterosexuales, etc. similarmente situados, aunque de ello no cabe inferir, como ya se expuso, que toda diferenciación jurídica de trato deba ser de interpretación estricta”.²
- **Principio de igualdad material:** Este principio encuentra su desarrollo en el conjunto de normas formales existentes, debe surgir la materialización efectiva de la protección de los Derechos Humanos

2 Villatoro García, Daniel y Barrueto Luis. Violencia contra la población LGBTIQ+ Vivencias y Dinámica. Informe Capítulo Guatemala. Visibles. 2020.

en su explicación ampliada, dando como resultados prácticos, los preceptos establecidos para alcanzar el bien común de los hombres, mujeres e integrantes de la población diversa; es la existencia de acciones que demuestran la protección de los Derechos Humanos indicados en la parte formal de las normas.

Existe a nivel internacional un documento realizado por un grupo de expertos en la defensa y litigio de los Derechos Humanos de los integrantes de la población LGBTIQ+ y de derecho internacional, que se realizó en el marco de las actividades de la Organización de las Naciones Unidas, este grupo de juristas internacionales elaboraron un listado de principios cuyo objetivo principal es sentar las bases de protección integral de los seres humanos, en el presente caso la protección de los integrantes de la comunidad LGBTIQ+ en los distintos escenarios judiciales en los cuales tienen participación, denominándolos principios de Yogyakarta, mismos que pueden ser parte de la argumentación en audiencia de defensa técnica de alguna persona integrante de la población LGBTIQ+.

Principios de Yogyakarta:

Documento que recoge una serie de principios relativos a la orientación sexual e identidad de género, con la finalidad de orientar la interpretación y aplicación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, estableciendo estándares generales de cumplimiento e incorporación en los distintos escenarios legales con el objeto de evitar la violación de los Derechos Humanos de las personas integrantes de la población LGBTIQ+.

Los principios de Yogyakarta afirman las normas legales internacionales vinculantes que todos los Estados deben cumplir. Prometen un futuro diferente en el que todas las personas, habiendo nacido libres e iguales en dignidad y derechos, puedan realizar esos valiosos derechos que les corresponden por su nacimiento.

El referido documento fue elaborado a petición de Louise Arbour, ex Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004-2008), por un grupo de 16 expertos en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de diversos países y miembros de la Comisión Internacional de Juristas, del Servicio Internacional para los Derechos Humanos, en la ciudad de Yogyakarta, Indonesia, en la Universidad de Gadjah Mada. El documento final contiene 29 principios, aprobados por unanimidad por los mencionados expertos, e incluye recomendaciones a los gobiernos, las instituciones intergubernamentales regionales, la sociedad civil y a la propia organización de las Naciones Unidas.³

Los Principios de Yogyakarta fueron presentados, como una carta global para los derechos LGBT, el 26 de marzo de 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ginebra. Estos principios no han sido adoptados por los Estados parte en un tratado, y por tanto no constituyen por sí mismos, un instrumento vinculante del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin embargo, se visualiza que sean adoptados como una norma universal adquiriendo un estándar jurídico internacional de obligatorio cumplimiento para los Estados parte,

³ Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 19. Materia de Derechos de las personas LGBTI. CIDH 2018.

a pesar de lo anterior los referidos principios pueden ser incluidos como parte de los distintos argumentos que el defensor público presente como parte de su teoría del caso.

Un primer momento donde se puede argumentar el uso de los presentes principios se da en la audiencia de primera declaración, en donde el defensor puede solicitar que al sindicado se le pueda identificar y quedar registrado en las actas respectivas, según su auto identificación y expresión de género sin ningún tipo de discriminación por su orientación sexual.

En este artículo se abordará el estudio de los principios relacionados con el proceso penal con pertinencia en la defensa técnica:

- **Principio 1:** El derecho al disfrute universal de los Derechos Humanos: Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los Derechos Humanos;
- **Principio 2:** Los derechos a la igualdad y a la no discriminación: Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los Derechos Humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. La ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación;
- **Principio 7:** El derecho de toda persona a no ser detenida arbitrariamente: Es arbitrario el arresto o la detención por motivos de orientación sexual o identidad de género;

- **Principio 8:** El derecho a un juicio justo: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad y con las debidas garantías, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;
- **Principio 9:** El derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada humanamente: Toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con dignidad con independencia de su orientación sexual o identidad de género, conceptos que son fundamentales para la dignidad de toda persona; asegurando con ello el reconocimiento universal que se posee;
- **Principio 29:** Responsabilidad penal: Toda persona cuyos Derechos Humanos sean violados, incluyendo los derechos a los que se hace referencia en estos principios, tiene derecho a que, a las personas responsables de dicha violación, se les responsabilice penalmente por sus actos, no deberá haber impunidad para autores de violaciones a los Derechos Humanos relacionadas con la orientación sexual o la identidad de género.

La totalidad de los principios desarrollados en el texto de Yogyakarta pueden ser incluidos en nuestra argumentación jurídica en casos asignados dentro del marco de defensa técnica de personas integrantes de la población LGBTIQ+.

Marco conceptual de instituciones jurídicas aplicables a la defensa de los Derechos Humanos de la población LGBTQ+

Existen temáticas que se deben considerar en el momento de realizar un análisis de los elementos de defensa de los distintos Derechos Humanos inherentes a los seres humanos, con principal énfasis a los integrantes de la población LGBTQ+, con ello poseer una visión especializada y diferenciada en el abordaje de la estrategia de defensa. Mientras mayor es el grado de sensibilidad y conocimiento de la dogmática relacionada mayor será el tipo de especialización y eficiencia de la defensa técnica.

En las sociedades actuales existen una serie de paradigmas y prejuicios que deben ser relegados por medio del estudio y conocimiento actualizado de la evolución de los Derechos Humanos, tanto en el ámbito dogmático como en el legal; por lo anterior se desarrollarán algunos conceptos necesarios para el abordaje efectivo de la defensa especializada.

Los defensores públicos, deben poseer los conocimientos necesarios para argumentar y defender derechos, libertades y conceptos especializados que poseen los integrantes de la población LGBTQ+ que representan en el ámbito judicial, los juzgadores como parte de los distintos actores del sector justicia, necesitan escuchar estos elementos como parte de las argumentaciones, para poseer insumos y fundamentos en sus resoluciones, siendo este uno de los objetivos específicos del presente artículo.

- **Prejuicio:** percepciones generalmente negativas, o predisposición irracional a adoptar un comportamiento negativo, hacia una persona

en particular o un grupo poblacional, basadas en la ignorancia y generalizaciones erróneas acerca de tales personas o grupos, que se plasman en estereotipos;

- **Estereotipo:** Son las preconcepciones, generalmente negativas y con frecuencia formuladas inconscientemente, acerca de los atributos, características o roles asignados a las personas, por el simple hecho de pertenecer a un grupo en particular, sin considerar sus habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales;
- **Derecho a la identidad de género:** reconocimiento al libre desarrollo de la personalidad. Considera la manera en que cada persona se asume a sí misma, de acuerdo con su vivencia personal del cuerpo, sus caracteres físicos, sus emociones y sentimientos, sus acciones, y conforme a la cual se expresa de ese modo hacia el resto de las personas;
- **Discriminación:** toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional, y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los Derechos Humanos y libertades por motivos étnicos, de edad, sexo, cultural, condición social, expresión de género y otros;
- **Estigma:** Es la desvalorización o desacreditación de las personas de ciertos grupos de población, atendiendo a un atributo, cualidad o identidad de las mismas, que se considera inferior, anormal o diferente, en un determinado contexto social y cultural, toda vez que no se ajusta a lo socialmente establecido;
- **Expresión de género:** Es la manifestación del género de la persona. Puede incluir la forma de hablar, modo de vestir, comportamiento

personal, comportamiento o interacción social, modificaciones corporales, entre otros aspectos. Constituye las expresiones del género que vive cada persona, ya sea impuesto, aceptado o asumido;

- **Heteronormatividad:** Expectativa, creencia o estereotipo de que todas las personas son, o deben ser, heterosexuales, o de que esta condición es la única natural, normal o aceptable; esto es, que solamente la atracción erótica afectiva heterosexual y las personas heterosexuales, o que sean percibidas como tales, viven una sexualidad válida éticamente, o legítima, social y culturalmente;
- **Identidad de género:** se considera como tal a la vivencia interna e individual del género, tal como cada persona la siente, misma que puede corresponder o no con el sexo asignado al nacer. Incluye la vivencia personal del cuerpo, que podría o no involucrar la modificación de la apariencia o funcionalidad corporal a través de tratamientos farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida;
- **Orientación sexual:** se refiere a la capacidad individual de cada persona de sentir una atracción erótica afectiva por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género o de una identidad de género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

La utilización de esta terminología con perspectiva LGBTIQ+ en la realización de los argumentos de defensa técnica y del planteamiento de la teoría del caso, permitirá a los tomadores de decisiones jurisdiccionales tener insumos técnicos para emitir la resolución en

pos de la protección y reconocimiento de los Derechos Humanos de la población LGBTIQ+ sin ningún tipo de discriminación por su orientación sexual.

Aspectos jurídicos nacionales e internacionales de los Derechos Humanos de las personas de la población LGBTIQ+

Los seres humanos poseen el derecho a disfrutar sus derechos universalmente reconocidos por los Estados partes de la Organización de Naciones Unidas (ONU); y la incorporación a las legislaciones nacionales de cada uno de ellos.

En la Constitución Política de la República de Guatemala, encontramos ese reconocimiento ampliado de todos los derechos inherentes a las personas, aun cuando no se encuentren desarrollados en el texto constitucional, tal es el caso del Artículo 44 de la máxima referencia constitucional, estableciendo que los derechos que otorga la Constitución no excluyen otros que no figuren expresamente en el mismo, lo que genera una aceptación y reconocimiento total de los derechos de los seres humanos.

En la misma línea de argumentación de defensa técnica, tiene lo establecido en Artículo 46 del mismo texto constitucional, que completa el reconocimiento ampliado de los derechos inherentes de los seres humanos; el Estado de Guatemala posee el mecanismo constitucional de incorporación por la vía de la suscripción y ratificación de los convenios y tratados internacionales en materia de Derechos Humanos otorgando preminencia sobre el derecho interno del país; con ello se completa el marco internacional de reconocimiento de todos los derechos inherentes

de los seres humanos y por ende la defensa técnica especializada por parte de las defensoras y defensores del Instituto de la Defensa Pública Penal.

En el contexto internacional se hace indispensable tener presente los distintos instrumentos internacionales que poseen el reconocimiento de los derechos inherentes del ser humano; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es principal referente en la defensa de los mismos por la totalidad de Estados parte de la Organización de Naciones Unidas y que proyectan la unificación de acciones institucionales para lograr el resguardo y protección de los bienes de los seres humanos; en el caso de las personas sometidas al enjuiciamiento estatal para la deducción de responsabilidades penales, encontramos el Artículo 10 en el número 1 estipula entre otros aspectos que **-toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano-, párrafo que centraliza toda obligatoriedad de protección a los seres humanos** por parte de los Estados y su compromiso frente a la comunidad internacional de cumplir dicha disposición adquirida en la suscripción de convenios y tratados. ((El resaltado es del autor)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha emitido una serie de pronunciamientos en distintas sentencias que marcan un escenario positivo para la defensa técnica y protección de los Derechos Humanos de la población LGBTIQ+, en las cuales se ha establecido distintos aspectos a considerar en los ámbitos judiciales nacionales en el momento de realizar el juzgamiento de una persona de la población LGBTIQ+, principalmente insumos legales a utilizar en el momento de preparar nuestra exposición

de argumentos en el momento de realizar la defensa técnica, demostrando con ello conocimiento y empoderamiento de esa función.

Entre las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se deben tener presentes para su utilización y argumentación respectiva encontramos las siguientes:

Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras

Sentencia de 26 de marzo 2021

El escenario legal del presente caso elevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ventiló por la muerte de Vicky Hernández, mujer trans y defensora de Derechos Humanos el 28 de junio del 2009, en la ciudad de San Pedro Sula, el cual se desarrolló en un contexto de violencia y discriminación contra personas LGBTI en Honduras.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció en párrafo 61, que lo sucedido a Vicky Hernández constituyó un supuesto de violencia por prejuicio con base en su identidad y expresión de género. “Indicó que esa violencia está basada en el deseo del perpetrador fundamentado en el prejuicio, y busca “castigar” las identidades, expresiones, o cuerpos que difieren de las normas y roles de género tradicionales, o que son contrarias a un sistema binario, dicha violencia se encuentra alimentada por discursos de odio que dan origen a la comisión de crímenes de odio.”

Sentencia Caso Azul Rojas Marín y otras vs. Perú

Sentencia del 12 de marzo 2020

El presente caso se relaciona con la privación de libertad ilegal, arbitraria y discriminatoria de Azul Rojas Marín el 25 de febrero de 2008, en razón de su orientación sexual o expresión de género, así como la alegada violación sexual de la que habría sido víctima mientras estuvo detenida, estableciendo la existencia de una indebida investigación de los hechos por parte de las fuerzas de seguridad.

En el párrafo 90 de la referida sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce entre otros aspectos que “las personas LGBTI han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización y diversas formas de violencia., estableciendo que la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona son categorías protegidas por la Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados parte no pueden actuar en contra de una persona por motivo de su orientación sexual, su identidad de género o expresión de género.” Con lo anterior proporciona argumentos suficientes para iniciar un proceso de defensa técnica de los seres humanos pertenecientes a la población LGBTIQ+ con esa visión internacional.

En el párrafo 93, se amplía la visión de protección de los Derechos Humanos, estableciendo que “la violencia contra las personas LGBTI tiene un fin simbólico, la víctima es elegida con el propósito de comunicar un mensaje de exclusión o de subordinación. Sobre este punto, la Corte ha señalado que la violencia ejercida por razones discriminatorias tiene

como efecto o propósito el de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los Derechos Humanos y libertades fundamentales.”

Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile

Sentencia del 21 noviembre 2012

El presente caso se relaciona con la finalización del matrimonio por mutuo consentimiento de Karen Atala Riffo y Ricargo Jaime López Allendes, estableciendo que las hijas de ambos quedarían bajo el cuidado de la madre; posteriormente Karen Atala Riffo y su compañera sentimental inician a convivir en la misma casa con las menores. El padre de las menores solicita la custodia de las niñas y la justicia nacional acepta la demanda concediéndole la misma bajo el argumento que era mal ejemplo para las menores.

En el párrafo 136 de la sentencia en análisis la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que “la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones” estableciendo la libertad de auto determinarse como un derecho propio del ser humano.

Así mismo en el párrafo número 165 la Corte resalta que la orientación sexual de la señora Atala hace parte de su vida privada, de manera que no era posible realizar una injerencia en la misma sin que se cumplieran los requisitos de “idoneidad, necesidad y proporcionalidad”.

Para finalizar en la sentencia objeto de análisis en su apartado número 236, la Corte considera que existían “prejuicios y estereotipos que fueron manifestados en el informe, que demostraban que quienes realizaron y aprobaron dicho informe no fueron objetivos respecto a este punto. Por el contrario, dejaron plasmada su posición personal respecto a la orientación sexual de la señora Atala” en un ámbito disciplinario en el que no era aceptable ni legítimo un reproche jurídico por este hecho. La manifestación de prejuicios y discriminación por parte de las distintas sociedades pueden generar un sesgo en el momento de realizar alguna función dentro del ámbito de justicia, es por ello que como defensoras y defensores públicos se deben evitar que se realicen en la litigación de defensa técnica que se ejerce.

Siempre en el ámbito internacional se hace indispensable conocer instrumentos que generan fundamentos, líneas de argumentación y opiniones consultivas generadas en el marco definitorio de los Derechos Humanos de la población LGBTIQ+, que existen y que proveen de insumos para ser utilizados en los distintos procesos de defensa técnica; como es el caso de la opinión consultiva 24/17 de fecha 24 de noviembre del año 2017 que presentó la República de Costa Rica ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con relación a los temas en materia de identidad de género, igualdad y discriminación de parejas del mismo sexo. El objeto de la referida consulta era definir aspectos relacionados a la protección de los Derechos Humanos de la población LGBTIQ+ sobre el cambio, uso y gestiones administrativas del nombre, del reconocimiento de derechos patrimoniales como resultado del vínculo entre personas del mismo sexo y la posibilidad de incorporar cambios en la legislación para el reconocimiento de lo expuesto.

Sobre la consulta realizada la Corte consideró que existe una falta de reconocimiento de la identidad de género o sexual y podría resultar en una censura indirecta a las expresiones de género que se aparten de los estándares cisnormativos, o heteronormativos con lo cual se envía un mensaje generalizado de que aquellas personas que se aparten de dichos estándares “tradicionales” no contarán con la protección legal y el reconocimiento de sus derechos, con ello ya genera la responsabilidad de los Estados parte de buscar los mecanismos adecuados para brindar una igualdad de condiciones para los ciudadanos sin ningún tipo de discriminación y menos por su orientación o preferencia sexual.

La Corte estima también que deben ser protegidos, -sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (Artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados parte trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado parte- con ello la generación de compromisos internacionales por parte de los Estados parte hace la búsqueda y definición de mecanismos de reconocimiento universal de los Derechos Humanos en la defensa técnica de la población LGBTIQ+.

Referencias bibliográficas

- Ley Servicio Público de Defensa Penal. Decreto No. 129-97
- Constitución Política de la República de Guatemala
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Declaración Americana de los Derechos Humanos y Deberes del Hombre
- Principios de Yogyakarta
- Principios aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación y orientación sexual e identidad de género. Marzo 2007 www.yogyakartaprinciples.org

Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras Sentencia de 26 de marzo 2021
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso Azul Rojas Marín y otras vs. Perú Sentencia del 12 de marzo 2020
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile Sentencia del 21 noviembre 2012
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre 2017

**La necesidad de modificación del
Artículo 203 constitucional en
reconocimiento del Sistema Jurídico
Maya y la función jurisdiccional de
las autoridades indígenas**

Licda. Ana Eugenia Ávila Pérez

El gobierno es quien posee el monopolio de la violencia, mediante legislación previamente establecida que tiene legitimidad para reaccionar de manera coactiva o invasiva respecto a la libertad de los individuos; siempre y cuando estos trasgredan normas abstractas y generales que han sido sancionadas con el fin de lograr una convivencia pacífica en determinada sociedad.

Dentro de la administración de justicia penal oficial en Guatemala existe regulación de normas sustantivas consistentes en figuras delictivas, como también existen normas adjetivas que establecen los distintos procedimientos que deben observar los jueces para poder resolver mediante un debido proceso, respetando garantías judiciales y derechos de las partes que intervienen en la sustanciación de un proceso penal.

El proceso penal en Guatemala, que anterior a la promulgación del decreto número 51-92 del congreso de la República era de carácter inquisitivo, tuvo una transformación, en teoría, casi completa al establecer un sistema acusatorio, garantista y respetuoso de los Derechos Humanos. Sin embargo, el legislador pasó por alto que el Derecho es dinámico, que conforme va cambiando la sociedad, pueden presentarse nuevas formas delincuenciales y nuevas formas de administrar justicia. También se inobservó el hecho que somos un país con diversas culturas, de población predominantemente de origen maya, y que cada comunidad tiene un sistema jurídico propio para la resolución de conflictos.

En Guatemala, históricamente, es un hecho que con la llegada de los españoles se impuso un sistema normativo, un sistema de justicia que

no se adaptaba a la realidad de nuestros pueblos. Con la lucha por la independencia y al lograrse ésta, se logró también de alguna forma retomar ciertos usos y costumbres; sin embargo, ya se había adoptado como sistema oficial, el sistema jurídico que fuere impuesto.

A raíz del conflicto armado de treinta y seis años que se vivió en Guatemala el siglo pasado, en donde se vulneraron gran cantidad de Derechos Humanos, especialmente de las comunidades más pobres y de población indígena; se perdió gran parte del Derecho consuetudinario que habían logrado instituir y mantener los pueblos originarios, esto debido a la separación de las comunidades, al quebrantamiento de la armonía entre las mismas, y al temor que se internalizó en las personas que vivieron o vieron las atrocidades que se cometieron en contra de estas comunidades. Con la firma de los Acuerdos de paz, el veintinueve de diciembre de 1996 y la aprobación por parte del Congreso de la República del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ese mismo año; empiezan a surgir organizaciones no gubernamentales a nivel nacional e internacional, que han brindado apoyo a las poblaciones indígenas para la recuperación del Derecho consuetudinario Maya. Organizaciones como COPMAGUA (Coordinadora de Organizaciones del Pueblo Maya de Guatemala), CONAVIGUA (Coordinadora Nacional de Viudas de Guatemala), COPAE (Comisión por la Paz y la Ecología), CPO (Consejo de Pueblos Originarios), dentro de las más importantes, han realizado un trabajo constante para lograr esa recuperación.

Al ser el Derecho consuetudinario de carácter dinámico, se encuentra en una constante evolución y transformación, más aún cuando se dan situaciones

como un conflicto armado, que afectó el mantenimiento de los usos y costumbres de las comunidades indígenas en Guatemala y transformó de alguna manera el Derecho Maya. Esa transformación del Derecho consuetudinario Maya se ha tomado en cuenta por las organizaciones y activistas defensores de los pueblos originarios; buscando darle vida nuevamente al Derecho Maya, sin perder la ética y la moral que lo caracteriza.

Lo que se busca con la revitalización del Derecho Maya es mantener o reafirmar la identidad propia de las comunidades, recuperar los códigos éticos de convivencia, teniendo como base: la historia de cada comunidad en su particular cosmovisión, el reconocimiento de derechos colectivos de las poblaciones, mediación con pertinencia cultural en la resolución de conflictos, y la coordinación del sistema jurídico maya con el sistema jurídico oficial.

La cosmovisión de las comunidades varía de un lugar a otro, las personas pertenecientes a las comunidades de Quetzaltenango ven el mundo de diferente manera a las personas que pertenecen a las comunidades de Totonicapán, y estas a su vez difieren en cuanto a la forma de interpretar la naturaleza y el mundo, a las comunidades del departamento de San Marcos, Las Verapaces, Huehuetenango, entre otros. El Derecho consuetudinario maya es tan extenso y variado, que es precisamente por ello que debe existir autonomía en su aplicación por cada una de las comunidades, siendo éstas mediante sus autoridades plenamente reconocidas, quienes debieran administrar justicia, con el reconocimiento constitucional de sus funciones jurisdiccionales.

En el Módulo de Interculturalidad del Instituto de la Defensa Pública Penal, publicado en el año 2008, el Doctor Mynor Par Usen, da una clasificación de las autoridades mayas:

3. Clasificación de las autoridades indígenas

3.1. Autoridades indígenas tradicionales u originales

a) Consejo de Ancianos o Consejo de Principales

Es una de las instituciones que ha permanecido mucho tiempo; es una forma natural y original de organización de las autoridades indígenas que se ha mantenido hasta nuestros días. Son responsables de la realización de la costumbre del “*Ja’at*” en los tiempos sagrados; realizan las celebraciones en coordinación con el guía espiritual, con los Ancianos Rezadores nombrados por la comunidad de la costumbre y con el Anciano Rezador. Velan por el buen uso y el manejo del bosque.

Los Consejos de Ancianos o Principales están formados por las personas que han pasado todos los cargos; en algunos lugares, también por guías espirituales y otras dignidades. Son personas mayores que tienen mucha experiencia y prestigio. Nombran alcaldes y otros cargos, resuelven conflictos difíciles o dan consejos para resolverlos. Son los preservadores de la memoria colectiva de la comunidad. Velan, además, porque se mantengan aquellos valores espirituales que cohesionan a la comunidad a través de su expresión del pasado, del consejo y de la orientación en lo referente al mecanismo que deben seguir para solventar o resolver los problemas y las medidas que deben asumir para los casos que se presentan.

b) *K'amalbe'*/Principales

Son autoridades con experiencia que pueden orientar o guiar a la comunidad y solucionar conflictos. Es una autoridad que también es conocida como “El Principal”, cargo que se ejerce en forma individual; es un guía, un anciano y es principal en su comunidad o pueblo. El cuerpo de principales, como se ha dicho, lo constituyen las personalidades que hayan prestado servicios, tanto en la carrera cívico administrativo y/o en la carrera de tipo religioso (cofradía). Se incluye en esta categoría a los *Ajq'ijab'*. Los principales, después de haber culminado la prestación de servicios temporales, de plazo definido o de por vida, continúan prestando sus servicios como *K'amalbe'*, cargo en el cual orienta, aconseja, concilia y equilibra las decisiones personales con base en sus conocimientos, sabiduría y experiencia.

c) *Aj quijab* o *Ajq'ij*/Guía espiritual Maya

Desde que nace es designado para este trabajo, cuyo cargo se lo adjudica el Consejo de Sacerdotes Mayas mediante una ceremonia. Se les denomina “Contador de los días”, llamados Guías espirituales o Sacerdotes Mayas. Conocen el calendario Maya y dan orientaciones personales y comunitarias en todos los campos, sociales, políticos, familiar, entre otros. Su servicio lo desempeña como una carrera de vida; hace matrimonios, resuelve conflictos, participa en las actividades del pueblo como parte importante y principal en el Consejo de Ancianos; es un cargo que desempeñan mujeres y hombres, según el día de su nacimiento y conforme a su *nawal*.

Conforme al sistema de autoridades indígenas, su ejercicio, constituye una alta investidura de la autoridad Maya, pues a él le corresponde desarrollar actividades espirituales y cósmicas.

d) *Aj Kum*/encargado de la salud

El *Aj Kum* tiene como funciones importantes, las de orientar, educar, prevenir y curar a las personas en aspectos físicos, mentales y sociales. Los tratamientos incluyen plantas que contienen propiedades curativas, sustancias minerales y propiedades alimenticias. Como se menciona en el *Popol Vuh*, “Había alimentos de todas clases, alimentos pequeños y grandes, plantas pequeñas y plantas grandes, cuyo camino había sido enseñado por los animales”.

La medicina natural es una de las herramientas que utilizan los *Ajkun* (encargados de salud); tienen como principios la limpieza, y la prevención y belleza de la vida. Los *Ajkun* enfatizan que la enfermedad primero se manifiesta en la mente, en el pensamiento y en el espíritu, para después afectar lo físico; por ello, es necesaria la limpieza integral de las personas. Exactamente, los *Aj Kum* no desempeñan la función de administrar justicia, pues en el ejercicio de curar o prevenir las enfermedades, dan orientación y consejos para prevenir enfermedades, así como también, la manera de evitar las causas que las provocan.

e) *Aj Iyom*/Comadrona

Es la mujer que tiene la función de atender los partos, el cuidado pre y postnatal de las mujeres Mayas. El *nawal* o la autoridad de la salud, es *Ixchel*, la mujer de la salud, conocedora del cuidado, del manejo y

de la utilización de las propiedades medicinales, curativas, preventivas y alimenticias de las plantas, sus semillas, flores, hojas, tallos y raíces, así como de algunos animales o insectos. (Instituto de la Defensa Pública Penal (2008). *Módulo de Interculturalidad*. pp. 31-33)

En las comunidades, al decidir sobre la responsabilidad de una persona en determinado acto reprochable, y si esta es merecedora de una sanción y cuál será esta, normalmente no lo hace una sola persona, algunas veces se hace por medio de consejos o de asambleas; y muchas veces se ve que al momento de aplicar las sanciones se criminaliza a las autoridades que se encargan de la ejecución de las mismas, no obstante estar respaldadas por las comunidades y las respectivas actas.

Las decisiones sobre sanciones en el Derecho consuetudinario Maya en la actualidad se hacen constar en actas; y aunque de cierta forma esta situación desvirtúa o despoja de su esencia al mismo, se hace necesario un respaldo mediante acta o una constancia escrita de haber sido juzgado determinado hecho por el sistema jurídico maya y así evitar una doble persecución.

El acceso a la justicia de las comunidades indígenas en Guatemala, aunque ha ido abriéndose un poco en los últimos años gracias al apoyo de comités y organizaciones, tanto nacionales como internacionales, sigue siendo limitado en algunos aspectos, principalmente por la poca comprensión que se tiene del Derecho Maya.

Dentro de las acciones que se han logrado para brindar un mejor acceso a la justicia de las comunidades indígenas, algunas instituciones, tanto gubernamentales como no gubernamentales dan atención a los usuarios con pertinencia cultural, atendiéndolos en su propio idioma, sensibilizando a los operadores de justicia en temas de interculturalidad, quienes en algunas ocasiones han respetado las sanciones impuestas por el sistema jurídico Maya.

Dentro del Instituto de la Defensa Pública Penal, se cuenta con casos paradigmáticos en los que se ha ejercido la defensa técnica con pertinencia cultural de manera efectiva, por ejemplo:

1. Expediente número 09012-2015-00041, del Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Quetzaltenango, en el cual se absolvió a una persona acusada por el delito de Violación, tomando como base para la resolución el Peritaje Cultural presentado.
2. Expediente número 1467-2014 de la Corte de Constitucionalidad, en el cual se sostiene la resolución proferida por el Juez de Primera Instancia de Trabajo y Previsión Social, Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de San Marcos, el cual declaró el sobreseimiento del caso iniciado en contra del adolescente por el delito de Violación. Más adelante se hará referencia a las importantes aportaciones de la Resolución y del Peritaje Cultural practicado en este expediente.

3. Expediente número 04003-2013-00707 del Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Departamento de Chimaltenango, proceso que se siguió en contra de una persona Maya Kaqchiquel por el delito de Promoción y Fomento, regulado en el Artículo 40 de la Ley Contra la Narcoactividad. Mediante el Peritaje de Género con pertinencia Cultural se determinó que las acciones que realizó la sindicada fueron bajo relaciones desiguales de poder.
4. Expediente de casación número 01004-2012-01524 de la Corte Suprema de Justicia, en el cual la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, casó la sentencia impugnada, en la cual se había condenado a una autoridad indígena por el delito de Coacción (por haber ejecutado una sanción legítimamente impuesta a un miembro de la comunidad de *Poxlajuj*, Totonicapán).

Como antecedente constitucional de reconocimiento de la capacidad de organización que tienen las comunidades, se puede mencionar la Constitución de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Constituyente el 11 de marzo de 1945, en la cual ya se reconocía a este nivel que los usos, prácticas y costumbres de las comunidades indígenas eran distintas y necesitaban un reconocimiento por parte del Estado, estableciéndose de esta manera:

Artículo 83. Se declara de utilidad e interés nacionales, el desarrollo de una política integral para el mejoramiento económico, social y cultural de los grupos indígenas. A este efecto, pueden dictarse

leyes, reglamentos y disposiciones especiales para los grupos indígenas, contemplando sus necesidades, condiciones, prácticas, usos y costumbres.

A su vez, el Convenio 169 de la OIT, en su Artículo 8, indica:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, con los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecer procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

El Artículo 58 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres”, asimismo el Artículo 66 establece:

Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. **El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.** (El resaltado es de la autora)

Sin embargo, el Artículo segundo de la Ley del Organismo Judicial reconoce como fuentes del derecho la ley (entiéndase legislación) y la jurisprudencia (fallos reiterados de la Corte Suprema de Justicia o de la Corte de Constitucionalidad), indicando que: “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”.

Lamentablemente la Ley es la principal fuente del Derecho, cuando debiera ser la Costumbre debido a que aquella es creada y ésta surge de manera espontánea de la convivencia entre personas de una comunidad, personas que con el afán de lograr una convivencia pacífica van adoptando usos y costumbres que les permiten desarrollarse.

Con desacierto se considera que Derecho es lo mismo que legislación, desde niños se enseña que hay leyes (legislación) que están escritas (codificadas), que son creadas por el poder legislativo y que a ellas se debe adecuar el actuar de cada uno para poder vivir en sociedad. Es más, en las universidades se enseña que el Derecho es un conjunto de normas que **regulan la vida de las personas en sociedad**, lo cual no puede estar más alejado de lo que realmente es el Derecho. En cada comunidad van

surgiendo normas (no escritas) o instituciones sociales, que permiten que las personas que la integran convivan de una manera armónica y pacífica. (El resaltado es de la autora)

Estas normas o instituciones sociales funcionales no serán las mismas para todos los grupos sociales, existirán variaciones de una comunidad a otra, es por ello la importancia del reconocimiento del Derecho natural o Derecho consuetudinario de las comunidades indígenas en Guatemala; ya que, al ser un país multiétnico y pluricultural, no es posible que se imponga un único sistema de justicia y que no se tenga dentro del sistema oficial a nivel constitucional esa apertura para la aceptación e incorporación de resoluciones emanadas de autoridades indígenas o comunitarias.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos estableció un Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional, dirigido a funcionarios operadores de justicia de Guatemala, teniendo como objetivos o líneas de acción las siguientes:

Más allá de crear normativa o procedimientos especiales para la justicia formal – Policía, Defensa Pública, Ministerio Público, Organismo Judicial o instituciones públicas con competencia complementaria de apoyo a la justicia, este Protocolo tiene como finalidad generar comprensión y pertinencia cultural de las condiciones de vulnerabilidad de la población indígena en materia de justicia, así como consolidar procedimientos, actuaciones y decisiones interdisciplinarias de carácter interinstitucional, ajustadas a enfoques acordes al sistema jurídico propio de los

pueblos indígenas, el derecho formal y el marco de respeto de los Derechos Humanos, como eje transversal. El fin es que no se opte por un único sistema de justicia al momento de orientar o atender a una persona indígena. En ese contexto, no se puede dejar de considerar el peso de la norma legal en el sistema jurídico estatal guatemalteco, así como el respeto cultural que todo el funcionariado debe a la Ley; en ese sentido, es necesario dejar claro que tales actividades deben realizarse en un marco estrictamente legal. En ese sentido, una línea de acción de este Protocolo consiste en dar cuenta de la Constitución Política de la República y de la Ley de manera intercultural, con el fin de satisfacer los derechos de las comunidades indígenas. Para lograrlo es esencial la interpretación normativa como herramienta de trabajo del funcionariado público, para la cual son fuentes valiosas los tratados internacionales – que son normas de Derecho guatemalteco de origen internacional –, y las interpretaciones que, de ellas, de la Constitución y de Ley guatemalteca, han realizado los tribunales o cortes nacionales e internacionales. Hacerla implica el desarrollo de conocimientos, habilidades y actitudes, por lo que el primer paso, desde la coordinación interinstitucional, es generar espacios de capacitación y sensibilización.

Sin embargo, no podemos olvidar que el Artículo 203 constitucional refiere que:

La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República (...) La función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y demás

tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia.

Y que, si bien es cierto que mediante un control de convencionalidad se puede dar reconocimiento a las resoluciones de autoridades indígenas o comunitarias, se considera necesaria la modificación de este artículo, en el sentido que permita que quienes administran justicia tengan el deber de reconocer e incorporar resoluciones adoptadas previamente por el sistema jurídico indígena y así evitar la transgresión del principio *non bis in ídem*.

La inclusión del sistema jurídico Maya a nivel constitucional traería muchos beneficios para la administración de justicia, tal como lo ha hecho en algunos países latinoamericanos. A manera de ejemplo, podemos mencionar el Artículo 246 de la Constitución Política de Colombia, el cual se encuentra contenido en el Capítulo 5 titulado: De las Jurisdicciones Especiales, e indica:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Por su parte, la Constitución Política del Perú, en su Artículo 149 regula las funciones jurisdiccionales de las comunidades campesinas, de la siguiente forma:

Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

Así podemos ver cómo en algunos países como México y Bolivia también se han reconocido a nivel constitucional funciones jurisdiccionales a las comunidades indígenas.

Dentro de los beneficios que podríamos identificar de manera más clara con el reconocimiento de la función jurisdiccional de las comunidades indígenas e inclusión del sistema jurídico maya a nivel constitucional, están el evitar la judicialización innecesaria de hechos en los que se puede llegar a acuerdos entre las partes, e imponer medidas y sanciones menos drásticas que las que contempla el sistema jurídico oficial (prisión preventiva o penas privativas de libertad). No se puede perder de vista que el Derecho consuetudinario Maya es eminentemente reparador y conciliador, y haciendo una integración con los principios que rigen el proceso penal guatemalteco, se puede considerar que con él se puede llegar a una tutela judicial realmente efectiva.

Otro aspecto que es importante mencionar es que debido a la difusión mediática que se hace de las sanciones del sistema jurídico maya, muchas personas en determinado momento han llegado a concebir de manera

peyorativa la forma de resolver conflictos por parte de las autoridades indígenas o comunitarias. Y es que concebir la idea de castigos corporales (por ejemplo) en estos tiempos, habiendo logrado un avance en la protección de los Derechos Humanos, principalmente el derecho a que se respete la integridad personal de cada uno, tal como se encuentra contenido en la Convención Americana de Derechos Humanos en los incisos 1 y 2 del Artículo 5, a saber: “Derecho a la Integridad Personal 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...”, hace que exista una oposición a que cualquier persona pueda ser sometida a estas sanciones.

Para entender el tipo de sanciones utilizadas por el sistema jurídico maya, se debe entender la cosmovisión de cada una de las comunidades, cada persona concibe el mundo de manera distinta, dependiendo del lugar, el contexto y la forma en que haya vivido, los valores y principios que haya aprendido y la libertad que haya tenido para desarrollar su propia manera de pensar y percibir las cosas; es muy probable que no se entienda el sentido, por ejemplo, de los azotes como sanción del sistema jurídico maya, pero si se debe respetar que es parte de los usos y costumbres que cada comunidad tiene.

En publicación de fecha 5 de octubre del año 2018 de Prensa Libre, “El abogado Cristian Otzí, de la Asociación de Abogados y Notarios Mayas de Guatemala, explicó que ésta es la forma como las comunidades indígenas hacen justicia cuando alguno de sus miembros rompe con la armonía comunitaria:

Los *xicay* (azotes) con una vara de membrillo sirven para que quien cometió una falta reflexione. Se impone después de un procedimiento comunitario, en el que se llega a la conclusión de que lo que hizo el sindicato no fue correcto y, dependiendo de la gravedad, la autoridad indígena decide si se le impone el *xicay*. Es una forma de reivindicar al individuo por alguna mala acción”, indicó.

Los azotes son correctivos, no castigos. El hecho que se realicen con ramas de durazno, de membrillo, chilca u otros, también ayuda a que, si la persona que rompió la armonía de la comunidad tuviere energía negativa, esta se aleje de la persona a quien se le aplica el correctivo y también de la comunidad; logrando con esto reestablecer el equilibrio y armonía entre las partes del conflicto.

A continuación, se cita parte del contenido de los considerandos de la apelación de sentencia de amparo dictada dentro del expediente 1467-2014 de fecha 10 de marzo del año 2016 por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala:

“a) el seis de abril de dos mil doce, ingresó a la emergencia del Hospital Expediente Nacional de San Marcos, acompañada de su padre, la menor víctima de los hechos objeto de investigación en la causa in folios, cuestión que fue informada al Ministerio Público por medio de prevención policial, lo que motivó el inicio de las diligencias correspondientes; b) el diez de junio de ese

mismo año, según consta en acta trece – dos mil doce (13-2012) del Consejo Municipal de Alcaldes Comunitarios del municipio de Comitancillo, departamento de San Marcos, ante esa autoridad se presentaron la menor víctima y el adolescente sindicado acompañados de sus padres a exponer lo ocurrido; después de escucharlos, de común acuerdo, se pactó que previamente a resolver el caso, una comadrona, una ginecóloga y un psicólogo debían evaluar a la víctima; c) el diecisiete de junio de dos mil doce, según acta catorce – dos mil doce (14-2012) de la referida autoridad, comparecieron los interesados a presentar los informes requeridos, en los que constaba el estado de salud de la víctima; con base en estos, el citado consejo, con anuencia de los padres de la víctima y del victimario, resolvió la imposición de las siguientes medidas de corrección... f) el diez de septiembre de dos mil doce, se celebró audiencia del procedimiento intermedio, en la que después de escuchar los argumentos de las partes, el juez de primera instancia relacionado decretó el sobreseimiento del proceso al estimar que el adolescente ya había sido juzgado conforme a las costumbres indígenas, por lo que no era dable sancionarlo nuevamente; además, el citado juez inició un proceso de protección a favor de la menor víctima, decretando las medidas siguientes:... g) ante esa decisión, el Ministerio Público interpuso recurso de apelación, que la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia –autoridad cuestionada–, en la resolución que constituye el acto reclamado, declaró con lugar, considerando para ello: “...Este Tribunal al analizar las actuaciones y argumentos vertidos por la parte recurrente establece que: En el caso de estudio el juez de la

causa ordenó el sobreseimiento del proceso argumentando que el adolescente (...) ya había sido sancionado por el ilícito que se le juzga, sin embargo, lo resuelto no es procedente, en virtud de que los comuneros del lugar en donde sucedió el hecho no constituyen un órgano jurisdiccional legalmente creado por la ley para impartir justicia, de conformidad con nuestra Constitución Política de la República...(P.10)

Precisamente, para garantizar real y efectivamente los Derechos Humanos de los pueblos indígenas guatemaltecos debe hacerse acopio del respeto a sus costumbres y formas de organización social, lo que incluye, necesariamente, el reconocimiento de la existencia de un sistema jurídico propio, por medio del que se dirimen los conflictos suscitados en el seno de esas comunidades, permitiendo así la transición de un Estado con visión monista –basado en la existencia de un solo sistema jurídico occidental– a una pluralista –en la que coexisten coordinadamente ambos sistemas jurídicos, oficial e indígena–. Debe acotarse que la alusión a derecho indígena supone la existencia de múltiples sistemas que provienen de los pueblos de origen Maya y de aquellos no descendientes que habitan el país, que si bien comparten valores en común, cada uno posee características singulares que los tornan diversos, pero que al compartir una similar historia social y política, han formado una unidad colectiva respecto al derecho estatal.

Por lo anterior, puede concluirse que, según lo regulado en la Constitución y los instrumentos internacionales citados, el Estado de Guatemala tiene la obligación de reconocer el derecho indígena como un aspecto cultural fundamental propio de la convivencia social de los pueblos originarios del país.

En ese sentido, las sanciones impuestas en el derecho indígena no pueden ser calificadas *prima facie* como vulneradoras de Derechos Humanos, en tanto que para su análisis es indispensable conocer los aspectos sociales y culturales de la comunidad en que se aplican, cuestión que puede obtenerse, verbigracia, por medio de un peritaje cultural o jurídico-antropológico, que permita comprender la cosmovisión indígena y su sistema normativo propio, lo que, incluso, podría variar dependiendo de la comunidad indígena de que se trate; en todo caso, “...lo importante es que al momento de evaluar estos hechos y los tipos de sanciones que se aplican, deben ser abordados desde una mirada intercultural y con clave pluralista, no se puede juzgar sólo desde el punto de vista de las normas del sistema ordinario...” (Regalado, José Antonio. “De las sanciones y las penas en la justicia indígena”. En Elementos y Técnicas de Pluralismo Jurídico, Manual para Operadores de Justicia. Martínez, Juan Carlos; Steiner, Christian; Uribe Granados, Patricia; Maselli, Claudia, coordinadores. Fundación Konrad Adenauer. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2012, página 104).

Finalmente, es importante destacar que el juez de primera instancia que conoció del procedimiento intermedio no decretó únicamente el sobreseimiento del proceso, sino que, además, dictó las medidas de protección que estimó necesarias a favor de la menor víctima dentro del sistema jurídico oficial, con lo que de ninguna forma desconoció, limitó ni subordinó la función de las autoridades ancestrales, sino que complementó su labor, dando cumplimiento a la obligación del Estado de Guatemala de velar por el bienestar y desarrollo integral de la menor víctima, en observancia de su interés superior, como lo exige la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, y los instrumentos internacionales de la materia... (pp. 7, 8, 9, 14, 16, 25, Apelación de Sentencia de Amparo, expediente número 1467-2014 de la Corte de Constitucionalidad)

En esta sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, podemos ver con claridad la necesidad que existe de reconocer a nivel constitucional las funciones jurisdiccionales que tienen las autoridades comunitarias en la aplicación del Derecho maya, no se puede seguir dejando a discreción de quienes imparten justicia por el sistema oficial, el hecho de aceptar o no las resoluciones de las autoridades indígenas de las comunidades. Corresponde únicamente a las partes determinar si se someten a la jurisdicción del sistema jurídico oficial o al sistema jurídico Maya de la comunidad a la que pertenecen, y su decisión debe ser respetada.

Referencias bibliográficas

- Instituto de la Defensa Pública Penal (2008). Módulo de Interculturalidad. Guatemala.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2014), Protocolo de Acceso a la Justicia Penal Intercultural y Coordinación Interinstitucional – Guatemala.
- Causa Penal número 09012-2015-00041, del Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Quetzaltenango.
- Apelación de Sentencia de Amparo, expediente número 1467-2014 de la Corte de Constitucionalidad. 10 de marzo de 2016
- Causa penal número 04003-2013-00707 del Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Departamento de Chimaltenango.
- Causa penal número 01004-2012-01524, expediente de casación. Corte Suprema de Justicia. 6 de noviembre de 2012
- Constitución de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Constituyente el 11 de marzo de 1945.

- <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2210/24.pdf>
- Francisco Mauricio Martínez Y Héctor Cordero (5 de octubre 2018). Aplicación de castigos mayas genera criterios divididos
- <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/polemica-por-castigos-mayas/>
- Convenio 169 de La Organización Internacional del Trabajo
- Asamblea Nacional Constituyente. (1985). Constitución Política de la República de Guatemala.
- Congreso de la República de Guatemala. (1989). Decreto número 2-89. Ley del Organismo Judicial de Guatemala.

La aplicación de la prisión provisional y los Derechos Humanos del sindicado en los departamentos que no cuentan con juzgados de Primera instancia de turno

Lic. Carlos Enrique López de León

El Estado como un ente tutelar, está totalmente obligado a que se brinde a la población el acceso a la justicia para la resolución de sus conflictos, algo que además puede llegar a considerarse como un Derecho Humano, que le pertenece a todo ciudadano guatemalteco, sobre todo lo que concierne en materia penal y en donde dependiendo a la situación para poder llevarse a cabo las diligencias en el tiempo menos posible sobre todo lo que se refiere a los casos de flagrancia.

En el caso del ámbito penal, se tienen plazos constitucionales que se tienen que respetar para resolver la situación jurídica de las personas que han sido aprehendidas de manera flagrante, siendo una regulación constitucional es importante destacar que deben ser de estricta observancia, no obstante, a ello, no es posible en todos los casos en el territorio nacional, sin embargo, han existido avances sustanciales.

Hay que resaltar que los motivos que impulsan a determinar la prisión provisional son varios, ya que los casos suelen ser variables en todo momento, lo que ocasiona que en el plazo de veinticuatro horas no se haya resuelto la situación jurídica. El Artículo 9 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que la situación jurídica debe de resolverse en un plazo de veinticuatro horas, quedando únicamente autorizadas las autoridades judiciales para ello, sin embargo, ante la aplicación de la figura provisional dicha disposición constitucional es vulnerada, además de que la integridad de la persona que se encuentra detenida durante este tiempo suele ponerse en riesgo. En tal razón cabe la pena evaluar los fundamentos jurídicos, como circunstanciales en que se basa la aplicación de la figura de la prisión provisional, así como la manera

como la que se protege las garantías fundamentales de la persona detenida a pesar de que su situación jurídica se resuelva en un plazo superior a las veinticuatro horas que está debidamente en la Constitución Política de la República de Guatemala.

Mediante Acuerdo 11-2015 la Corte Suprema de Justicia implementa los juzgados de turno en materia penal. Los Artículos 1 y 2 del Acuerdo 11-2015 delega la competencia a los Juzgados de Paz y de Primera instancia, la responsabilidad de administrar justicia en materia penal, durante horarios inhábiles, laborando todos los días del año ininterrumpidamente durante las veinticuatro horas, siendo los Juzgados de primera instancia los que se encuentran en Guatemala, Mixco, Villanueva, Escuintla, Sacatepéquez, Chiquimula y Quetzaltenango, y que también tienen competencia para conocer algunos casos de municipios aledaños.

Los Derechos Humanos y la prisión provisional

Los Derechos Humanos como bien es sabido son los derechos que toda persona posee por el simple hecho de tener la calidad de ser humano, se encuentran íntimamente ligados a su dignidad y por ello se caracterizan por ser inherentes a todos sin distinción; es decir, no tienen discriminación alguna por aspectos como nacionalidad, género u origen étnico, toda vez que en Guatemala se reconocen varias etnias, como la ladina, mestiza, indígena, garífuna y xinca. Además, son inalienables, indivisibles e interdependientes; lo que, en otras palabras, quiere decir que no se pueden vender, ni separar, ya que todos están conectados entre sí.

Se establece que la prisión provisional es una figura excepcional que el juez impone a una persona detenida, a la vez dentro del proceso garantiza la permanencia del sindicado y el tiempo suficiente para que el Ministerio Público presente su investigación preliminar de manera correcta y la defensa una estrategia adecuada.

La prisión provisional no tiene sustento legal alguno, pero es efectiva, es consecuencia de los avances que el Organismo Judicial ha procurado en pro de la Justicia en Guatemala y surge al momento que una persona es detenida y por imposibilidad material por parte del Ministerio Público o abogado defensor la audiencia de primera declaración no puede celebrarse, o bien por parte del Juzgado que previamente existan ya agendadas audiencias por la alta carga laboral que existe, razón por la cual es necesario que el sindicado guarde prisión provisional en las carceletas en tanto se reprograma nueva audiencia.

Así pues, dentro del derecho internacional, los Derechos Humanos han sido tanto reconocidos como garantizados en todos los aspectos atinentes a la persona. En este orden de ideas se debe tener en cuenta que como punto de partida se ha establecido que todo privado de libertad, sin importar si es de manera provisional (es decir que está pendiente de resolver la situación jurídica del detenido hasta finalizar el proceso) o por sentencia firme, deben ser tratados humanamente, tal y como lo señala el Artículo 10 numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”

Ahora bien, en materia de prisión provisional también se han establecido ciertos Derechos Humanos, que se pueden considerar específicos, y que tutelan a aquellos a quienes les es aplicada esta medida cautelar temporal; entre los cuales se deben mencionar:

a) Derecho de los privados de libertad provisionalmente a permanecer separados de los condenados con privación de libertad.

- El Artículo 10, numeral 2, literal a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala: “Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas.
- El Principio 8, del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, que señala: “Las personas detenidas recibirán un trato apropiado a su condición de personas que no han sido condenadas. En consecuencia, siempre que sea posible se las mantendrá separadas de las personas presas.”
- La regla 8, de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, que establece la separación por categorías y esencialmente indica: “Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de su detención y el trato

que corresponda aplicarles. Es decir que: (...) b) Los detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los que están cumpliendo condena; (...)"

- La regla 85.1 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, establece que “Los acusados serán mantenidos separados de los reclusos condenados. 2) Los acusados jóvenes serán mantenidos separados de los adultos. En principio, serán detenidos en establecimientos distintos.”

Es claro que lo que este derecho implica es que toda persona privada de libertad deberá estar separada de conformidad con los criterios establecidos según sus necesidades, su edad, condición o situación jurídica.

El Sistema Penitenciario a de gozar de normas propiamente administrativas que van a determinar que es importante que también las personas o guardias que se encargan del trato de los reclusos se conduzcan de buena manera en el ámbito de sus funciones.

De forma administrativa el Sistema penitenciario está debidamente organizado, dentro de lo cual se ha de destacar que jurídicamente ello está determinado por el Reglamento de la Ley del régimen penitenciario, que dentro de su contenido regula las normas de tratamiento a los privados de libertad, siendo las conductas a demostrar lo siguiente:

1. Que la privación de la libertad sea conforme a la ley.
2. La no discriminación a los reclusos
3. Respeto a la integridad de los reclusos

4. Asistencia médica e integral
5. Control alimenticio
6. Derecho al trabajo
7. Derecho a la educación por medio de una biblioteca
8. Derecho a las visitas de los reos
9. Derecho a la privacidad de los reos
10. Derecho a la educación
11. Derecho a la religión

Lo antes mencionado es parte de lo que administrativamente se debe velar y la autoridad responsable de que todo ello sea una realidad es la Dirección General del Régimen Penitenciario, que a su vez es controlado por el juez competente que en este caso es el de ejecución. No obstante, existen falencias dentro del entorno de los privados de libertad, siendo la existencia de grupos organizados que promueven una coacción sobre aquellos que ingresan por primera vez al centro carcelario, solicitando una remuneración denominada vulgar y comúnmente como “talacha”, de lo contrario si no cumple con la misma será víctima de vejámenes, que muy pocas veces son denunciados y que aún debe ponerse en análisis las acciones que se ejecutan para erradicar dichas prácticas.

b) Derecho a dormir en celdas individuales.

La regla 86 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, señala: “Los acusados deberán dormir en celdas individuales a reserva de los diversos usos locales debidos al clima.”

Este derecho busca el respeto a la privacidad e intimidad de cada recluso, y provee que exista cierto resguardo de la integridad de su persona.

c) Derecho a alimentarse por su propia cuenta.

La regla 87 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos señala que “Dentro de los límites compatibles con un buen orden del establecimiento, los acusados podrán, si lo desean, alimentarse por su propia cuenta procurándose alimentos del exterior por conducto de la administración, de su familia o de sus amigos. En caso contrario, la administración suministrará la alimentación.”

Se refiere a la libertad que debe tener toda persona a elegir el tipo de alimentación que desea recibir, y si no está de acuerdo con la suministrada por la administración del centro de privación de libertad, poder proveerla para sí mismo, situación que en la actualidad prevalece relativamente debido a las restricciones que han existido desde el año 2020 producida por parte de la Pandemia Covid 19 y costumbres totalmente ilegales que se han establecido

d) Derecho a utilizar su propia ropa o ropa diferente a los condenados.

La regla 88.1 de las Reglas Mínimas de Tratamiento de Reclusos establece estas dos situaciones al señalar: “1) Se autorizará al acusado a que use sus propias prendas personales siempre que estén aseadas y sean decorosas. 2) Si lleva el uniforme del establecimiento, éste será diferente del uniforme de los condenados.”

La esencia de este derecho radica en hacer una diferenciación entre los privados de libertad que esperan una condena y aquellos que no; pues si no se logra hacer una separación de estos dos tipos de privados de libertad, por lo menos se debe poder identificarlos con facilidad.

e) Derecho a trabajar.

La regla 89 de las Reglas Mínimas de Tratamiento de Reclusos determina que “Al acusado deberá siempre ofrecérsele la posibilidad de trabajar, pero no se le requerirá a ello. Si trabaja, se le deberá remunerar.”

Este derecho está plenamente vinculado con los ideales de reeducación, rehabilitación y reinserción social del privado de libertad, además de que garantiza que estos puedan tener acceso a recursos que les permitan sufragar de alguna manera las necesidades propias y de sus familias, a pesar de que ellos se encuentren privados de libertad.

f) Derecho a acceder a medios de ocupación.

La regla 90 de las Reglas Mínimas de Tratamiento de Reclusos establece que “Se autorizará a todo acusado para que se procure, a sus expensas o a las de un tercero, libros, periódicos, recado de escribir, así como otros medios de ocupación, dentro de los límites compatibles con el interés de la administración de justicia, la seguridad y el buen orden del establecimiento.”

Como bien es sabido, dentro de los fines de la pena se encuentra la rehabilitación de la persona y parte de ello, es proveer los materiales necesarios para que pueda formarse un mejor ciudadano, el cual al finalizar con la condena respectiva se espera que pueda pasar a formar parte de la sociedad y contribuir en ella.

g) Derecho a ser visitado.

La regla 91 de las Reglas Mínimas de Tratamiento de Reclusos determina que “Se permitirá que el acusado sea visitado y atendido por su propio médico o su dentista si su petición es razonable y está en condiciones de sufragar tal gasto.”

Evidentemente este derecho procura garantizar que el recluso no se desligue por completo de su círculo familiar o social, pues si esto sucediera, su reinserción social sería mucho más compleja, que lleve entonces a reconocer dicho aspecto como un derecho humano y que es obligación del Estado proteger a la familia y garantizar la seguridad de la persona.

h) Derecho a informar de su detención.

La regla 92 de las Reglas Mínimas de Tratamiento de Reclusos regula que “Un acusado deberá poder informar inmediatamente a su familia de su detención (...)”.

Este derecho se encuentra ligado con el derecho de defensa, pues la familia y amigos de éste, por lo general son quienes se ocupan de proveer la asesoría jurídica necesaria cuando una detención tiene lugar. Además, porque los familiares tienen derecho de saber en dónde se encuentra la persona detenida, lo que evita que tengan lugar las desapariciones forzosas, así como las detenciones ilegales, que se veían en el pasado.

i) Derecho a un defensor.

La regla 93 de las Reglas Mínimas de Tratamiento de Reclusos reconoce el derecho a que “El acusado estará autorizado a pedir la designación de

un defensor de oficio cuando se haya previsto dicha asistencia, y a recibir visitas de su abogado, a propósito de su defensa. (...)"

Lógicamente la persona que ha sido privada de libertad, se encuentra sospechosa de la comisión de un hecho ilícito, y deberá contar con la asesoría legal idónea para ejercer su derecho de defensa, ante tal situación.

j) Derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

El Artículo 7 numeral 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que: "Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio."

Como un derecho esencial para no privar a la persona de su libertad por más tiempo que el estrictamente necesario para sustanciar el proceso correspondiente que esclarezca su situación jurídica.

k) Derecho a que sin demora se establezca por juez competente la legalidad o ilegalidad de su detención.

El Artículo 7 numeral 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que: "Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas

leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad, tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza. Dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.”

Aquí lo que busca este derecho es asegurar que una persona no se encuentre privada de su libertad de forma ilegal; por esta razón el juez competente, deberá lo más pronto posible determinar este extremo.

Se ha podido entonces observar que las personas a quienes se les ha dictado prisión provisional tienen ciertos Derechos Humanos específicos que deberán ser acatados por las autoridades jurisdiccionales respectivas. Específicamente cabe resaltar que estos tienen, a todas luces, el derecho a que su situación jurídica sea atendida y solucionada sin dilación por un juez competente, derecho humano que, como se expondrá más adelante, en algunos casos es vulnerado.

La Prisión Provisional

Se considera de suma importancia en primer lugar abordar la definición de lo que es la prisión provisional, para que así se encuentre bien cimentado el estudio realizado. En este orden de ideas, se comenzará por señalar que Ossorio define a la prisión provisional señalando que es la “medida de seguridad adoptada por la autoridad judicial que entiende en el asunto, a efecto de evitar que el imputado se sustraiga a la acción de justicia.” (Ossorio, 2015, pág. 609) Esta es una forma bastante sencilla pero puntual de hacer referencia a esta institución, tal y como lo hace Roxin, cuando

indica que “es la privación de la libertad del acusado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena.”⁴

Ahora bien, Rodríguez Magariños es un poco más extenso al momento de definir a la prisión provisional, ya que señala que es “aquella medida cautelar personal que podrá adoptar el juez de instrucción o tribunal sentenciador, consistente en la total privación al inculpado de su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, mediante su ingreso en un centro penitenciario, durante la sustanciación del proceso penal o hasta que la sentencia de instancia sea definitiva.”⁵

Esta medida cautelar, como lo indica la definición anterior, en sí lo que busca es que se sustancie el proceso penal en contra de una determinada persona, asegurando la presencia de la misma dentro del proceso; es decir, evitando que ella pueda darse a la fuga para evadir la justicia.

Es imperante tomar en cuenta que la privación de libertad dentro del ámbito penal, comenzó a tener presencia desde una época muy antigua, por ello no puede indicarse una fecha en particular, pero sí puede señalarse que dentro del Derecho Romano se aplicaba en casos de deuda, y como lo indica Carnelutti, esta era conocida como “*manus iniectio* y era utilizada para retener al acusado y ponerlo a disposición del juzgado.”⁶

4 Roxin, C., & Schüenenmann. (2019). Derecho Procesal Penal. Argentina: Didot. Pág. 27

5 Rodríguez Magariños, F.G. (2009). La Paulatina Erradicación de la prisión preventiva: Un análisis progresivo bajo las potencialidades de las nuevas tecnologías. Boletín del Ministerio de Justicia (estudios doctrinales) No. 2078, 227-254.

6 Carnelutti, F. (1971). Principios del proceso penal. Argentina: Jurídicas Europa-América. Pág. 80

Por esta razón, se cree que esta medida de coerción o sancionatoria, es una de las tantas otras instituciones que han sido heredadas de la cultura romana; y que paulatinamente se asentó en los distintos ordenamientos jurídicos que posteriormente surgieron, aunque en sus inicios, se puede catalogar como una pena sumamente inhumana e injusta, ya que en varios de los países europeos en donde se aplicó, esta duraba por largos periodos de tiempo, aun sin que se sustanciara ningún proceso, y en muchas oportunidades las personas eran absueltas por ser inocentes, luego de permanecer meses y hasta años en condiciones verdaderamente deplorables en los calabozos. Por lo que en la época moderna se ha hecho menester regular y restringir la aplicación de la privación de libertad⁷.

En cuanto a la prisión provisional también hay autores que orientan sus orígenes en esta dirección y señalan: “... se puede establecer su origen formalmente en la época de la civilización romana, la cual con el paso del tiempo la dotó de unos rasgos que aún hoy son consustanciales a la aplicación de esa medida cautelar, como puede ser su justificación para evitar la fuga del imputado o su sustracción de la acción de la justicia a la espera del día del juicio, siendo al respecto famosa la afirmación del jurisconsulto Ulpiano (270 a 228) de que la cárcel debe servir para retener a las personas, no para castigarlas...”⁸ (Alonso Fernández, 2017, pág. 26) Y efectivamente como lo indica Alonso Fernández⁹, se sigue utilizando la prisión provisional precisamente con la finalidad de evitar la fuga del imputado o la evasión de la justicia, mientras que se sustancia el proceso

7 Ibid.

8 Alonso Fernández, J. A. (2017). Pasado y presente de los fines de la prisión provisional en España. Barcelona: Universitat Internacional de Catalunya. Pág. 26

9 Ibid.

penal. Ahora bien, lo que resulta mucho más importante de resaltar es el hecho de que Ulpiano ya considerara que la prisión provisional debía ser aplicada a la persona solamente con el objeto de retenerla, o en su caso de asegurar su presencia en juicio y en ningún momento para castigarla o escarmentarla.

Así pues, para lograr definir si efectivamente se cumple con estos propósitos, es menester tanto el ordenamiento jurídico internacional como nacional y la realidad que muestra la práctica de la aplicación de la prisión provisional en Guatemala, sobre todo en aquellos departamentos y municipios en donde no se cuenta con jueces de turno de primera instancia, como se verá a continuación.

Marco legal internacional sobre la prisión provisional

El conjunto de normas que enmarcan internacionalmente la prisión en general y la prisión provisional en específico esencialmente se encuentra conformado por:

- a) la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual fuera adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, siendo este uno de los periodos más representativos para la humanidad, porque era elemental la unidad de los distintos gobiernos para superar los estragos que había causado la Segunda Guerra Mundial, que apenas había terminado tres años antes. Dicho instrumento internacional representa un verdadero referente para la humanidad y para los Derechos Humanos, ya que fundamentalmente se asienta en el

- reconocimiento de la libertad, la justicia y la paz como parte de la dignidad misma del ser humano.
- b) el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, que fuera adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, y que también se centra esencialmente en la protección del derecho a la libertad, por lo que establece en su Artículo 12 los principales lineamientos que se deben respetar, así como determina que nadie puede ser arbitrariamente privado del derecho a la libertad.
 - c) la Declaración Americana de los Derechos Humanos y Deberes del Hombre, la que fue aprobada en la novena conferencia internacional americana, que se celebró en Bogotá, Colombia en 1948. Esta declaración busca que se respete que todo hombre nace libre e igual en dignidad y derechos a los demás, por lo que la protección a la vida, la libertad y la seguridad es también preponderante para este instrumento internacional, tal y como se puede observar del tenor de su Artículo 1; además de que establece la brevedad de los procedimientos para que la justicia la ampare y no se violen sus derechos fundamentales, como lo indica el contenido de su Artículo 18; pero, sobre todo el Artículo 25 establece que no debe demorarse la atención del juez para resolver su situación jurídica ya que establece: “Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida (...).”
 - d) la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que fuera suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre

Derechos Humanos, San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, y que entrara en vigor el 18 de julio de 1978, en donde se establecen aspectos como la separación de los procesados de los condenados, la finalidad de la pena privativa de libertad y el derecho a la libertad personal, en donde claramente en el numeral 5 del Artículo 7 señala que “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.”

Además de estos instrumentos internacionales, también se han adoptado otros como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad o Reglas de Tokio, las cuales fueron adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 14 de diciembre de 1990, la que como señala el numeral 1.1 del numeral I, de los principios generales, fue creada con la finalidad de “promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión.” Por lo que se considera que al tenor de este instrumento internacional la aplicación de la prisión provisional debe ser solamente de forma excepcional.

Con una orientación similar se han adoptado las Reglas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de Libertad para Mujeres Delincuentes, o Reglas de Bangkok y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, Reglas Nelson Mandela,

estas últimas que establecen una serie de aspectos que deben observarse en el caso de personas detenidas en espera de juicio, lo cual es abordado en la literal c) del numeral II, atinente a las reglas aplicables a categorías especiales, que reconoce los mismos derechos que las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, que fuera aprobada en 1955 y de las que ya se hizo referencia con anterioridad.

Por último, es necesario exponer algunos criterios que ha expuesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la prisión provisional, en donde se puede observar que:

a) Esta constituye una medida excepcional.

Tal y como fuera expresado en la sentencia de fecha 7 de septiembre de 2004 en el caso Tibi vs. Ecuador, en donde según dicha Corte no se respetó la regla del plazo razonable en la prisión provisional, tal y como lo expone del numeral 53 al 60; Además de abordar directamente lo relativo a la prisión preventiva a partir del numeral 61 al 63, en donde se confirma la falta de observancia del plazo razonable, además de que se pone en evidencia la problemática que representa la gran población a la que se le aplica esta medida en forma innecesaria, sobre poblando los centros de privación de libertad.

Lo más importante a resaltar es el numeral 106 en donde la Corte expone sobre la prisión provisional que “es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter

excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.”¹⁰

b) La prisión provisional ha de ser proporcional.

Este criterio fue expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de fecha 2 de septiembre de 2004, en el caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay y en la sentencia de fecha 17 de noviembre de 2009, en el caso Barreto Leiva vs. Venezuela; está última en la que en el numeral 122 establece que “La prisión preventiva se halla limitada, asimismo, por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. (...)”¹¹.

c) La prisión provisional no debe ser determinada por el tipo de delito o por la gravedad de éste. La prohibición de que la prisión provisional se determine por el tipo de delito se puede observar en la sentencia de fecha 12 de noviembre de 1997, dictada en el caso Suárez Rosero vs. Ecuador, en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace exposición clara de que en primer lugar esto puede llevar a violar el numeral 2 del Artículo 8 de la convención Americana de Derechos Humanos, bajo el entendido de que “la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los Derechos Humanos y, entre otros,

¹⁰ Caso Barreto Leiva vs. Venezuela (2009) Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Pág. 25

¹¹ *Ibíd.*

en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (...). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida.”¹²

Ahora bien, la prohibición de que la prisión provisional se fije por la gravedad del delito se observa en la sentencia de fecha 1 de febrero de 2006, dictada en el caso *López Álvarez vs. Honduras*, en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el numeral 69 establece que “Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena.”¹³

Todas las normas anteriormente señaladas permiten que se genere el marco legal internacional sobre la prisión provisional y se determinen las limitaciones y parámetros dentro de los que ésta podrá ser aplicada a aquellas personas que se considere que podrían haber cometido algún acto delictivo, siempre con estricta observancia en el principio de inocencia, del plazo razonable y del debido proceso, entre otros, como lo determinan

12 Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, 1997, Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Pág. 23

13 Caso *López Álvarez vs. Honduras*, 2006, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pág. 39

los Derechos Humanos, es decir el tratamiento de dignidad y que para ello debe estar el sistema de justicia y el control respectivo de las garantías fundamentales y la ejecución de la convencionalidad del Derecho Penal.

Marco legal nacional sobre la prisión provisional

De acuerdo a los orígenes de la prisión provisional, supone sus orígenes a la antigua Grecia¹⁴, en donde se utilizaba dicho termino, al referirse al encarcelamiento por los siguientes motivos:

- Como sanción
- Medida cautelar
- Para obligar a los deudores a cumplir con sus obligaciones.

En Guatemala, la aplicación se debe como una medida cautelar para asegurar la presencia del sindicado dentro del proceso penal correspondiente, mientras existen los elementos personales y materiales para poder llevar a cabo la diligencia judicial correspondiente.

Las bases normativas que fundamentan y regulan todo lo relativo a la prisión provisional en el ordenamiento interno de Guatemala, en primer lugar, tienen su origen en el texto constitucional y seguidamente en el derecho ordinario, específicamente el Código Procesal Penal. Quiere decir que, en la Constitución política de la República de Guatemala, como en la mayoría de las instituciones jurídicas, se encuentra la base fundamental de la prisión provisional, ya que establece también los principios y los aspectos más importantes que deben observarse dentro del proceso penal.

¹⁴ Riaño, Javier. Carcel y encarcelamiento en la Grecia Clásica. Madrid. 2003. Págs. 73 y 74.

En cuanto a la prisión provisional, es oportuno mencionar que el texto constitucional establece lo relativo a la detención legal, en el Artículo 6; al interrogatorio a detenidos y presos, en el Artículo 9; a los Centros de detención legal, en el Artículo 10; a los motivos para el auto de prisión, en el Artículo 13; y el de presunción de inocencia, en el Artículo 14; todos ellos de observancia elemental, aunque por la orientación seguida en esta investigación, debe hacerse especial mención del Artículo 9 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el que indica que establece que las diligencias de interrogatorio a detenidos y presos, debe realizarse dentro de un plazo que no exceda las 24 horas, contando a partir de su aprehensión.

Ahora bien, en el Código Procesal Penal, la prisión provisional está relacionada con varios artículos dentro de los cuales se puede mencionar el Artículo 258 que establece que "...el aprehendido será puesto inmediatamente a disposición de la autoridad que ordenó su detención o del encargado de su custodia." En el Artículo 259 de dicho código que se refiere a que "...La libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar la presencia del imputado en el proceso. El Artículo 261 del mismo cuerpo legal que determina que "En delitos menos graves no será necesaria la prisión preventiva."

Así sucesivamente el Artículo 260 establece que es necesario que exista un auto de prisión preventiva que esté debidamente fundamentado. El Artículo 264 del Código Procesal Penal se refiere al uso de medidas menos graves para el imputado; es decir, el uso de medidas sustitutivas. Como se

puede observar, todas estas normas tendientes a buscar que la persona no sea privada de su libertad más del tiempo que sea estrictamente necesario para solventar su situación jurídico penal, tal y como lo expresa el Artículo 87 del Código Procesal Penal, que señala:

“Si el sindicado hubiere sido aprehendido, se dará aviso inmediatamente al juez de primera instancia o al juez de paz en su caso, para que declare en su presencia, dentro del plazo de veinticuatro horas a contar desde su aprehensión. El juez proveerá los medios necesarios para que en la diligencia pueda estar presente un defensor.” Tal y como lo indicaba el Artículo 9 constitucional.

Sin embargo, como se verá a continuación esto no siempre se cumple en la práctica, pues a las personas privadas de libertad en muchos departamentos y municipios del país se les hace esperar hasta días para ser escuchados para que se resuelva su situación jurídica, por una autoridad competente, pues en una gran parte del territorio nacional no se cuenta con juzgados de turno.

La prisión provisional en los departamentos de Guatemala en donde no se cuenta con juzgados de turno

Es menester en primer lugar conocer y entender la razón para la cual fueron creados los juzgados de turno; para lo cual se procederá a mencionar los aspectos que se consideran más importantes en cuanto a su creación. En este orden de ideas, es necesario señalar que:

El Acuerdo número 18-2010 de la Corte Suprema de Justicia, estableció los Juzgados de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra El Ambiente de 24 Horas, los que tendrán competencia material, como lo indica el Artículo 3 de dicho acuerdo, “para conocer de los actos procesales desde el inicio del proceso hasta la etapa intermedia conforme a la cobertura temporal establecido en el presente Acuerdo. De igual forma, conocerán de los actos y diligencias jurisdiccionales que le sean solicitadas, derivadas de los hechos acontecidos en el ámbito de la competencia territorial asignada en el acuerdo respectivo.”

El Acuerdo número 19-2010 de la corte Suprema de Justicia, contiene el establecimiento organizativo y funcional de los juzgados de paz penal de 24 horas, los que tendrán competencia material para conocer, como lo establece su Artículo 3: “a) Del juicio de faltas en las faltas y delitos conforme el Código Procesal Penal, b) Control de la detención y resolución de la situación jurídica de los adolescentes en conflicto con la ley penal, c) Decretar medidas cautelares de protección a víctimas de delitos de violencia intrafamiliar y de niñez y adolescencia víctima y personas de la tercera edad.”

El Acuerdo número 28-2019 de la Corte Suprema de Justicia, establece la creación del Juzgado de Turno de Primera Instancia Penal de 24 horas con Competencia Específica para conocer Delitos cometidos en contra de Niñas, Niños y Adolescentes, en Guatemala, con incorporación del Modelo de Atención Integral de la Niñez y la Adolescencia -MAINA, con la competencia material para, entre otros, como lo señala su Artículo 3: “conocer Delitos cometidos en contra de Niñas, Niños y Adolescentes,

tiene competencia material para conocer la primera declaración de los probables sindicados y/o agresores, la autorización de diligencias urgentes de investigación para la persecución penal y dictar medidas cautelares de protección especial a favor de las niñas, niños y adolescentes víctimas conforme a lo establecido en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.”

Todos estos juzgados de 24 horas, según el respectivo acuerdo deberán ser establecidos en los departamentos o municipios que determine la Corte Suprema de Justicia, con la finalidad de que funcionen de manera ininterrumpida las veinticuatro horas del día, todos los días del año, incluyendo los días inhábiles, días de descanso, asueto, feriados y otros permisos que son otorgados por el Organismo Judicial y la Corte Suprema de Justicia.

Actualmente, la mayoría de estos juzgados de 24 horas se encuentran en la ciudad capital, pues allí se cuenta con varios juzgados especializados de turno como lo es el Delitos de Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, el de Familia con Competencia Específica para la Protección en Materia de Violencia Intrafamiliar, el Juzgado de Primera Instancia con Competencia Específica para Conocer Delitos Cometidos contra Niños, Niñas y Adolescentes (MAINA), y otros no especializados como el Juzgado de Paz y el Juzgado de Primera Instancia Penal de turno.

Sin embargo, también se han creado juzgados de 24 horas en otros municipios, y departamentos, sobre todo en aquellos en que el Organismo Judicial considera que son más necesarios, como es el caso de Mixco,

Villa Nueva, Sacatepéquez, Chiquimula, Escuintla y Quetzaltenango; en donde se pueden atender de manera pronta y eficaz las causas penales que así lo ameriten, sobre todo aquellas que lleven consigo la necesidad de resolver la prisión provisional aplicada a un justiciable.

Así pues, se encuentra con la situación de que en todos aquellos departamentos y municipios del país en donde no se cuenta con jueces de turno, la situación jurídica de los que sufren prisión provisional no es atendida ni resuelta en el plazo fijado por la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 9 que ya fue mencionado, o en el Artículo 87 del Código Procesal Penal.

En estos departamentos y municipios del país, se ha observado que la situación es otra ya que, si una persona es aprehendida un día viernes por las horas de la tarde o noche, su primera declaración la realiza ante juez competente hasta el día lunes, si la carga laboral se lo permite, sino en muchas ocasiones este periodo de tiempo se extiende a cualquier otro día de la semana laboral.

Esto resulta ser una grave violación a los Derechos Humanos de las personas con prisión provisional, pues como se puede observar se le veda no solo la libertad, sino que la mayoría de los derechos que se estudiaron anteriormente y que tutelan a toda persona al momento de ser sometida a una prisión provisional.

Esta violación tiene lugar, con el agravante de que en este país no se cuenta en la mayoría de los casos, con los espacios adecuados, ni específicos para

que privados de libertad provisionalmente y los ya condenados a una pena de prisión cumplan con ella, sino que todos conviven en el mismo lugar de detención; lo que viola no varios de los instrumentos internacionales ya estudiados, así como la normativa interna al país, que también obliga a que exista una separación de estos, específicamente el Artículo 10 de Constitucional; lo que hace realmente imperante que el Organismo Judicial atienda esta problemática de manera urgente y se creen los juzgados necesarios para atender en el plazo fijado en la ley a los privados provisionalmente de libertad.

Referencias bibliográficas

- Alonso Fernández, J. A. (2017). *Pasado y presente de los fines de la prisión provisional en España*. Barcelona: Universitat Internacional de Catalunya.
- Carnelutti, F. (1971). *Principios del proceso penal*. Argentina: Jurídicas Europa-América.
- Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de noviembre de 2009).
- Caso López Álvarez vs. Honduras, Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 01 de 02 de 2006).
- Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 12 de noviembre de 1997).
- Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 07 de 09 de 2004).
- Ossorio, M. (2015). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Argentina: Heliasta S.R.L.
- Rodríguez Magariños, F.G. (2009). La Paulatina Erradicación de la prisión preventiva: Un análisis progresivo bajo las potencialidades de las nuevas tecnologías. *Boletín del Ministerio de Justicia (estudios doctrinales) No. 2078, 227-254*.
- Roxin, C., & Schünemann. (2019). *Derecho Procesal Penal*. Argentina: Didot.

Legales

- Constitución Política de la República de Guatemala
- Código Procesal Penal
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

- Conjunto De Principios Para La Protección De Todas Las Personas Sometidas A Cualquier Forma De Detención O Prisión
- Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Declaración Americana de los Derechos Humanos y Deberes del Hombre
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad o Reglas de Tokio
- Reglas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de Libertad para Mujeres Delincuentes, o Reglas de Bangkok
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, Reglas Nelson Mandela

Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi vs. Ecuador
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barreto Leiva vs. Venezuela
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero vs. Ecuador
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez vs. Honduras

Revista del
DEFENSOR

Revista del
DEFENSOR

Situación actual de los adolescentes en conflicto con la ley penal en Guatemala

— M.Sc. Carlos Ernesto Molina Obregón

El presente artículo se compone de tres capítulos que en conjunto desarrollan aspectos relativos a la posición del Estado frente a la situación actual y circunstancias personales en que se encuentran los adolescentes que cumplen una sanción socioeducativa de privación de libertad en Guatemala.

Se determinó la condición en que se encontraban los adolescentes en el año dos mil diecisiete, cuando se dictaron medias cautelares a su favor por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como las consecuencias que esto produjo, identificándose claramente y con un lenguaje sencillo, los principios fundamentales que eran violados en dicho momento y el panorama de manera general de la situación de los adolescentes privados en Guatemala.

Se estableció el iter procesal desde el momento en que se realizó la primera visita de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– pasando por las diferentes resoluciones judiciales del derecho interno, la medida cautelar propiamente dicha, la posición que tomó el Estado y las consecuencias legales que ha conllevado el control jurisdiccional de la misma hasta la actualidad.

Finalmente se indica la forma en que se resolvió el conflicto, acentuando los logros alcanzados en materia de la niñez y adolescencia, resaltando las diferencias existentes hace cinco años cuando se dictó la medida cautelar con relación a la actualidad y principalmente el cambio en la voluntad y actitud de las autoridades nombradas en las diferentes instituciones

gubernamentales en dicha materia especializada, que demuestran más sensibilidad al tema, lo que representa satisfactoriamente una realidad completamente distinta.

El derecho penal juvenil en Guatemala es relativamente nuevo, fue implementado tal y como se conoce en la actualidad, en el año dos mil tres con la creación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia –Ley PINA- como consecuencia de los tratados y convenios ratificados por el Estado de Guatemala ante la Organización de las Naciones Unidas.

Sin embargo, anteriormente existían vacíos legales que permitían acciones antijurídicas en contra de los principios y derechos fundamentales de los menores de edad, que a pesar de la creación de la –Ley PINA- las condiciones coyunturales del país no permitían brindar una atención integral en la reinserción y resocialización de los adolescentes.

Esto provocó que, en los centros juveniles de detención para cumplimiento de sanciones socioeducativas de privación de libertad para adolescentes, se dieran circunstancias muy especiales en las que se dejó de atender a los jóvenes como lo establece el ordenamiento jurídico guatemalteco, debido a la falta de recursos humanos y económicos lo que implicó el deterioro de la infraestructura y del servicio prestado en perjuicio de la población interna.

Fue por esta razón que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos intervino, a través de una visita *in loco* y posteriormente dictando medidas cautelares a favor de los y las adolescentes privadas de libertad, en virtud

que las condiciones no eran apropiadas para el cumplimiento de una sanción, degradando principalmente la dignidad de los adolescentes en dichos centros.

Así mismo hubo control jurisdiccional de manera exoficio por parte del Organismo Judicial de Guatemala, lo que permitió un mejor control del cumplimiento de las metas y objetivos dictados por orden judicial, para la obtención de resultados positivos.

La diferencia obtenida es muy gratificante gracias al actuar de servidores públicos que ahora entienden la importancia de brindar una atención integral a los adolescentes para su debida resocialización y reinserción social y familiar, con la sensibilización necesaria.

Antecedentes

En Guatemala la situación de los adolescentes privados de libertad por entrar en contacto con la ley penal ha sido muy complicada, ya que en un principio existían vacíos legales que no permitían la correcta aplicación de la ley por tratarse de una materia especializada, dificultándose desde la forma en que se resolvía la situación jurídica de los mismos, hasta la falta de instituciones que se responsabilizarán por la debida reinserción de este grupo etario de manera integral.

Anteriormente a la creación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en el año dos mil tres, los adolescentes eran sometidos a resoluciones judiciales de manera arbitraria, debido a la falta de especialización, violentando derechos fundamentales y garantías

procesales, ya que el Código de Menores utilizado en esa época, no establecía siquiera plazos legales para las sanciones y dentro del proceso los adolescentes únicamente eran considerados como “objetos de derecho” denominándose “teoría de la situación irregular.”

Dichas resoluciones obedecían únicamente al nivel de peligrosidad que supuestamente mostraban los adolescentes, por lo que sufrían sanciones desproporcionadas a su situación y circunstancias personales ya que el proceso era altamente sistémico, esto generó una situación en la cual los órganos jurisdiccionales que “eventualmente” conocían casos de menores de edad, no contaban con especialización en la materia y al dictar resoluciones no aplicaban el principio de legalidad en sentido estricto y la teoría del fin de la pena, maximizando el derecho penal en contra de seres humanos en etapa de desarrollo psicológico, emocional e intelectual.

Fue hasta el año dos mil tres que el Estado de Guatemala, en cumplimiento de los acuerdos y tratados internacionales como la Convención de Derechos del Niño, las Reglas de Beijing y las directrices de Riad, se creó la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia –Ley PINA- lo que generó cambios significativos en la administración de justicia para la niñez y adolescencia.

El cambio más significativo fue considerarlos “sujetos de derecho” tomando en cuenta principalmente su opinión en el proceso y brindarles una atención integral con prerrogativas debidamente establecidas con principios fundamentales y garantías integrales como el principio del

interés superior del adolescente ampliamente conocido en esta rama del derecho. (El subrayado es del autor)

Así funcionó durante mucho tiempo, sin embargo, con el paso de los años el Estado nuevamente desatendió todos estos aspectos, principalmente en los Centros de privación de libertad con una inversión mínima en cuanto a infraestructura, salud y seguridad, situación recurrente que fue denunciada en diversas ocasiones por los progenitores de los adolescentes sin tener eco de las diferentes instituciones encargadas de velar por el cumplimiento de los derechos y garantías fundamentales de los adolescentes.

Incluso, haciendo un paréntesis, no hace mucho uno de los centros de protección y abrigo llamado “Hogar Seguro” fue objeto de un incendio en el cual fallecieron más de cuarenta niñas que se hallaban bajo la tutela del Estado, situación que estremeció a toda la población guatemalteca y a la comunidad internacional. (El subrayado es del autor)

Este desinterés del Estado a través de la historia ha provocado que el hacinamiento en los Centros de privación genere condiciones insalubres, inhumanas y degradantes para los adolescentes que tienen que cumplir una sanción socioeducativa de privación de libertad, esto sin dejar de mencionar la proliferación de las pandillas en Guatemala, lo cual agravó más la situación debido a la falta de acceso a la educación que existe en el país.

Hablando con claridad, los adolescentes se encontraban hacinados en celdas de dos por tres metros (hasta diez o doce por celda) sin ventilación,

sin luz, sin servicios sanitarios, con olores fétidos, sin acceso a agua potable, con mala alimentación, con enfermedades en la piel y sometidos a un régimen disciplinario casi militarizado, sin atender los principios fundamentales que le atañen como seres humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH- realizó una visita *in loco* al Estado de Guatemala a mediados del año dos mil dieciséis y se asombraron al ver dichos Centros de Privación y verificar que se encontraban adolescentes mezclados con sujetos adultos de más de veinticinco años de edad, ya que a ellos les habían informado que visitarían un Centro de privación de adolescentes.

Esto generó que el veinticinco de octubre de ese mismo año, la Juez de Control de Ejecución de Medidas para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, realizara una inspección ocular a los Centros de privación acompañada por la Procuraduría General de la Nación –PGN- la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala –PDH- y el Ministerio Público –MP- en la cual se documentó toda esta situación.

De esta diligencia, surge una resolución de dicho juzgado que ordena al Estado de Guatemala el cierre temporal de los Centros de privación para adolescentes debido a la violación de los principios y derechos fundamentales y las circunstancias denigrantes en que se encontraban los adolescentes.

Dicha resolución de la Juez de Ejecución, fue el hecho que dio origen a una solicitud en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en

contra del Estado de Guatemala que tuvo como consecuencia resultados de mucho beneficio para los adolescentes privados de libertad en Guatemala, al restablecer de manera efectiva los derechos y garantías fundamentales de los adolescentes privados de libertad.

En Guatemala existen cuatro centros juveniles de privación de libertad, Centro Juvenil de Detención Provisional –CEJUDEP/ETAPA- Centro Juvenil de Privación de Libertad para Varones –CEJUPLIV/GAVIOTAS- (pandilla barrio 18) Centro Juvenil de Privación de Libertad para Varones Anexo –CEJUPLIV ANEXO- (mara salvatrucha) y el Centro Juvenil de Privación de Libertad para Mujeres –CEJUPLIM/GORRIONES- en el cual conviven adolescentes de ambas pandillas, los cuales funcionan a través de una secretaría del Organismo Ejecutivo, específicamente la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia –SBS-.

Dicha secretaría es la responsable por ley de albergar a los adolescentes que carezcan de recurso familiar idóneo cuando se trata de procesos de protección y abrigo por violación a sus derechos constitucionales, así mismo es la encargada de velar por el cumplimiento de las sanciones socioeducativas no privativas de libertad, de acuerdo al principio de diversidad de sanciones, como la libertad asistida o internamientos terapéuticos por drogadicción e incluso servicios a la comunidad de conformidad con el principio de diferenciación, ambos principios fundamentales para la imposición de sanciones a adolescentes en conflicto con la ley penal en Guatemala.

Pero también es responsable de las sanciones de privación de libertad, las cuales funcionan en un régimen progresista, régimen cerrado, posteriormente régimen semi abierto y finalmente régimen abierto, razón por la cual, dentro se les otorga la mayor cantidad de fondos disponibles para el funcionamiento de dichos centros.

Como se puede observar es bastante complejo el funcionamiento del derecho penal juvenil en Guatemala y es precisamente esa complejidad, el hecho que originó el presente conflicto que violó los derechos y garantías fundamentales de los adolescentes privados de libertad en Guatemala y de las acciones legales tomadas que permitieron restablecer los derechos y garantías fundamentales de los mismos.

Iter Procesal

Posteriormente a lo sucedido con la visita *in loco* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Guatemala y la resolución judicial en el año dos mil dieciséis, el día nueve de marzo del año dos mil diecisiete la Procuraduría General de la Nación –PGN- en virtud de la calidad que le confiere el ordenamiento jurídico guatemalteco como representante de los menores de edad por el Estado de Guatemala, realizó una solicitud a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de dictar medidas cautelares a favor de las y los adolescentes que se encontraban en los Centros de privación de libertad para adolescentes en conflicto con la ley penal en Guatemala, esto como reacción a la resolución que ordenaba el cierre temporal de los Centros de privación de libertad de adolescentes en conflicto con la ley penal.

La misma fue solicitada a la Procuraduría General de la Nación –PGN- por parte de la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala –PDH- en virtud de existir una situación de riesgo a la integridad física de los adolescentes dentro de dichos Centros, principalmente aspectos de salubridad, infraestructura y de seguridad que vulneraban los derechos y principios fundamentales de los y las adolescentes.

La Procuraduría General de la Nación –PGN- presentó información adicional tan solo once días después de la solicitud respectiva el veinte de marzo dos mil diecisiete, pero la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó información adicional a ambas partes, por lo que, el Estado de Guatemala presentó un informe a la Comisión el cinco y seis de abril de dos mil diecisiete, por su parte la –PGN- brindó la información el veinticuatro de marzo de dos mil diecisiete y diez de abril de dos mil diecisiete.

La -CIDH- tras analizar los informes brindados por las partes consideró que quedaba demostrado *prima facie* que los derechos fundamentales a la vida e integridad personal de los y las adolescentes de los cuatro centros estaban siendo violados y que se encontraban en una situación de gravedad y urgencia de un daño irreparable por lo que dictó resolución de fecha doce de junio de dos mil diecisiete en la que solicitó al Estado de Guatemala varias acciones entre ellas:

a) adopte las medidas necesarias para proteger la vida e integridad personal de las y los adolescentes de los cuatro centros en calidad de beneficiarios y orientadas al principio del interés superior de los mismos. b) tome las acciones necesarias para mejorar las condiciones de detención de acuerdo a los estándares internacionales, considerando penas alternativas a la prisión considerando especialmente a las adolescentes embarazadas y que vivan sus hijos con ellas en el centro. c) fortalezca la seguridad en los centros. d) adopte las medidas necesarias para contar con planes de emergencia ante la posible materialización de los factores de riesgo identificados. e) concierte las medidas a adoptarse con las y los beneficiarios y la solicitante. f) informe sobre las acciones adoptadas a fin de investigar los hechos que dieron lugar a las presente medidas cautelares y evitar su repetición. (<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2017/17-17MC161-17-GU.pdf>, recuperado el 17/1/2022 a las 07:45 hrs.)

Hay que mencionar que el Estado de Guatemala ha dado cumplimiento a cabalidad con la medida cautelar número ciento sesenta y uno guion diecisiete de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dictada a favor de las y los adolescentes privados de libertad en Guatemala, y que

ha presentado informes de las acciones tomadas cada cierto tiempo tal y como ha sido solicitado.

Sin embargo, es la resolución dictada por la Juez de Ejecución, la que ha provocado un control de convencionalidad de manera ex officio, lo que ha permitido verificar el cumplimiento de lo ordenado de manera regular, ya que en la –CIDH- el Estado de Guatemala cumplió al acatar las recomendaciones vertidas en las medidas cautelares respectivas evitando así que el caso fuera trasladado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es por eso que la resolución dictada por la Juez de Control de Medidas de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala, permite revisar la orden judicial original y el vencimiento del plazo establecido para su cumplimiento de manera separada a las medidas cautelares dictadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Dicha judicatura había señalado inicialmente un plazo legal de un año a partir de la resolución del veinticinco de octubre de dos mil dieciséis, por lo que el veinticuatro de octubre de dos mil diecisiete la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia presentó un informe escrito de lo ordenado y solicitó la prórroga del plazo legal para el cumplimiento por dos años más.

De esa manera, el veinticuatro de octubre dos mil diecinueve se llevó a cabo audiencia para verificar el cumplimiento de la orden judicial, denotándose

avances significativos por parte de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, como el mejoramiento de la infraestructura de los centros de privación, la implementación de programas de reinserción, incluso se desarrolló un nuevo modelo de gestión integral único en Latinoamérica, otorgándose nuevamente un plazo de dos años para cumplir la totalidad de la misma.

Dentro de dichos avances, se encuentran la implementación de diferentes programas que están dando resultados palpables de reinserción para los adolescentes, uno de ellos denominado “ocio cero” está dando grandes resultados ya que permite que participen aprendiendo oficios que le permitan reinsertarse de mejor manera a la sociedad al recuperar su libertad y que los mismos ocupen su tiempo de sanción asertivamente, obteniendo incluso dos grados académicos en un solo año cuando existe atraso educacional.

También se implementó el nuevo modelo de gestión único en Latinoamérica denominado “casa intermedia” en la cual se les da la oportunidad a los adolescentes privados de libertad con mejor comportamiento de residir en cabañas debidamente equipadas con gimnasio, cocina, duchas, dormitorios y a programas de capacitación certificados por instituciones del Estado altamente acreditadas, para obtener mejores ofertas laborales al egresar del mismo.

Por esta razón fue que la Juez de Ejecución concedió un nuevo plazo de dos años con la condición de crear centros similares para adolescentes de sexo femenino y ampliar dicho programa que genera una verdadera

resocialización y reinserción social y familiar de los adolescentes en conflicto con la ley penal en Guatemala.

Resolución legal del conflicto

Luego de la medida cautelar dictada por la –CIDH- el Estado ha continuado informando a este organismo internacional los diversos avances en materia de niñez y adolescencia, sin embargo, se debe mencionar que ha sido una lucha constante para mantener dichas condiciones en los centros de privación de libertad de adolescentes por parte del Estado como de las demás instituciones que apoyan a la niñez y adolescencia en Guatemala.

La razón principal es el cambio de autoridades de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia cada cierto tiempo, lo que no permite dar continuidad a los proyectos y programas iniciados en cada una de las gestiones de las autoridades nombradas lo que provocó al inicio el incumplimiento de la orden judicial.

Esta institución gubernamental a través de su representante, siempre ha solicitado prórroga al plazo legal brindado por la Juez de Ejecución para el cumplimiento de lo ordenado en la resolución de fecha veinticinco de octubre dos mil dieciséis, lo que genera cierto conflicto para el cumplimiento a cabalidad de la orden judicial.

El primer plazo brindado fue de un año el cual vencía a la víspera de la fecha de la resolución el veinticuatro de octubre dos mil diecisiete en la cual la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia –SBS- presentó un informe circunstanciado de manera escrita, indicando la manera en que

cumplía de manera parcial con la orden judicial, sin embargo de manera oral en dicha audiencia el representante de la –SBS- solicitó una prórroga de dos años del plazo legal establecido para el cumplimiento total de la orden judicial.

En dicha audiencia la representante de la Procuraduría de los Derechos Humanos en Guatemala, no se opuso a dicha solicitud por lo que la judicatura prorrogó el plazo por dos años más a partir de dicha fecha, para el cumplimiento total de la resolución original.

Dicho plazo venció el veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve celebrándose nuevamente audiencia en el Juzgado de Control de Ejecución de Medidas para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal para verificar el cumplimiento de la orden judicial, a dicha audiencia acudieron diferentes instituciones que últimamente se han unido en bienestar de la niñez y adolescencia en Guatemala.

Además de las instituciones citadas legalmente, estuvieron presentes sujetos procesales como el Instituto Nacional de Ciencias Forenses –INACIF- quienes brindan evaluaciones médicas a los adolescentes privados para establecer si necesitan o no ser trasladados para atención hospitalaria de emergencia y la Secretaría Nacional de Administración de Bienes en Extinción de Dominio –SENABED- ya que la juez de ejecución ordenó al Estado de Guatemala que le fuera entregado un bien inmueble extinto a la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia para la construcción de nuevos centros de privación de libertad, pero la

misma declinó por considerar que el bien extinto a favor del Estado no llenaba los requisitos y calidades necesarias. También la Coordinación Nacional de la Niñez y Adolescencia del Instituto de la Defensa Pública Penal ya que son los que más contacto tienen con los y las adolescentes privadas de libertad, sin mencionar que conocen la realidad de los centros de privación por las visitas que realizan constantemente a los privados de libertad.

Incluso la Oficina de Prevención de la Tortura del Congreso de la República de Guatemala estuvo presente y se ofreció a realizar una investigación exhaustiva para establecer la verdad histórica de lo sucedido.

En dicha audiencia se verificó el cumplimiento por parte de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia en un noventa por ciento de la orden judicial emitida originalmente, salvando ciertos aspectos que falta por mejorar, como el acceso permanente al agua potable y las mejoras a los dormitorios y servicios sanitarios, pero la continuidad de las autoridades nombradas en dichos puestos, el interés y entusiasmo mostrado por los mismos ha permitido realizar grandes avances en la materia.

La juez de ejecución en la resolución de fecha veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve ordenó ampliar el plazo legal por dos años más, con la condición de construir nuevos centros de privación de libertad específicamente para las adolescentes mujeres, ya que para adolescentes varones ya existe el nuevo modelo de gestión recientemente creado, del cual vale la pena ahondar un poquito en el tema por las diferencias que

existen con el sistema utilizado en la época en que se dictaron las medidas cautelares.

Dicho centro se denomina “Casa Intermedia” es un nuevo modelo de gestión juvenil tomado de República Dominicana financiado por la Embajada de los Estados Unidos de América, todos los funcionarios administrativos y servidores públicos de dicho centro fueron a capacitarse al Estado de Colorado en Norte América y se trata de un gran avance en la resocialización y reinserción de los adolescentes de manera integral.

Dicho programa consta de seis cabañas con capacidad para diez personas cada una, en la que residen adolescentes seleccionados cuidadosamente por su buen comportamiento, debidamente perfilados para dicho programa por equipos multidisciplinarios.

Todos los adolescentes son mayores de edad, inician en la cabaña denominada “decisión” que es una etapa de observación y diagnóstico de treinta días, para evolucionar a la siguiente etapa denominada “esperanza A y B” así sucesivamente hasta las cabañas denominadas “oportunidad” es decir que los ciclos progresan cada treinta días con diez adolescentes nuevos iniciando el programa, con capacidad para sesenta “residentes” cabe señalar que el trato y el lenguaje es diferente, mismo que influye en su reinserción a la familia y la sociedad. (El subrayado es del autor)

Es un sistema progresivo en el cual al graduarse del mismo obtienen certificaciones de diferentes instituciones de mucho prestigio en Guatemala, como la Cámara de Industria de Guatemala, la Cámara de

Agronomía, la Cámara de Construcción, el Instituto Técnico de Capacitación –INTECAP- y en algunas ocasiones con oferta laboral confirmada debido al buen desempeño de los adolescentes dentro del programa. (El subrayado es del autor)

Este sistema ha dado grandes resultados debido a la motivación que se les ofrece a los jóvenes en un centro en el cual no existen barrotes ni policías sino personal altamente capacitado para su reinserción social y familiar de manera integral, ya que lo que sucede muchas veces al obtener su libertad es que chocan con la realidad del país al no poder obtener empleo, por lo que reinciden en el delito y por lo que este programa es pionero ahora en toda Latinoamérica debido a lo novedoso del programa y a los resultados obtenidos.

De esta manera la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia está cumpliendo con la orden judicial de brindar una reinserción social y familiar integral a los adolescentes en conflicto con la ley penal en Guatemala, situación que históricamente nunca había existido, gracias a la participación activa de diferentes organizaciones y de diferentes sectores de Guatemala que se han unido en beneficio de la niñez y adolescencia y lo más importante respetando los derechos fundamentales de los adolescentes privados de libertad.

Esto representa una gran diferencia a la situación en que se encontraban los adolescentes, con anterioridad a que se dictaran las medidas cautelares por parte de la –CIDH- y aunque no es posible reinsertarlos a todos, si permite que se motiven a abandonar las pandillas para optar a dicho programa, al

escuchar las condiciones en que se encuentran y los beneficios que han obtenido de participar de Casa Intermedia.

En algunos casos los adolescentes han logrado avanzar tanto en su proyecto de vida, como es el caso de “Estuardo” quien cumplió una larga sanción por asesinato y ahora es pastor de una iglesia y ofrece albergue a adolescentes que recuperan su libertad y no tienen a donde ir a vivir por falta de recurso familiar, ya que en su momento a él le tocó vivir la misma situación.

La misma juez de ejecución en coordinación con el equipo técnico multidisciplinario adscrito a dicho juzgado, ha creado un programa denominado “prevención del delito” en las escuelas públicas conjuntamente con iglesias y la Policía Nacional Civil que aboga en el Congreso para crear la alerta “Ángel” en honor a un adolescente asesinado, que fue lanzado desde un puente muy conocido de la ciudad de Guatemala por negarse a pertenecer a las maras, con el objeto que los adolescentes puedan denunciar acoso por parte de las pandillas para reclutamiento de las mismas.

Esto demuestra que verdadera y finalmente se están dando los resultados esperados a favor de la niñez y adolescencia en Guatemala, con este tipo de programas que permiten a los adolescentes una verdadera reinserción social y familiar de manera integral y egresar de dicho centro certificados para diferentes oficios, para optar a una mejor oportunidad laboral que en Guatemala también es una tarea pendiente para las autoridades.

Como se puede notar es una situación bastante compleja jurídicamente, a pesar de tratarse de medidas cautelares, las consecuencias jurídicas han sido sumamente serias para el Estado de Guatemala ya que incluso la juez de ejecución ha ordenado al Ministerio de Finanzas Públicas y al Presidente Constitucional de la República proveer los recursos económicos para el sostenimiento de los centros de privación de adolescentes.

Sin embargo, y como ya es costumbre, tristemente los programas que más han dado resultado son los apoyados con financiamiento extranjero, ya que, si bien las autoridades ponen toda su voluntad, la falta de recursos es un impedimento bastante grande, aun así, se han puesto a andar programas como el denominado “ocio cero” en el que los adolescentes privados participan en cursos especializados de panadería, computación, serigrafía, repostería y cocina.

Últimamente también hay un programa que está dando muchos resultados como lo es la participación de los adolescentes en obras de teatro, de las cuales ya han producido y escenificado distintas obras teatrales, las cuales son presentadas en el teatro nacional contando algunas veces con la presencia incluso del Presidente Constitucional de la República, lo cual eleva grandemente la autoestima de los adolescentes al encontrarse con oportunidades que no encontrarían en las calles.

Es claro que ha sido la resolución de la juez de ejecución dictada el veinticinco de octubre de dos mil dieciséis la que ha servido para que la –SBS- le dé cumplimiento de manera estricta a las medidas cautelares

dictadas por la –CIDH- de allí que resulta importante que se realice un breve análisis de la parte resolutive de la misma:

a) Contratar en el plazo de TRES MESES a los profesionales en las áreas de psicología, pedagogía y trabajo social a efecto que cada equipo técnico atienda a treinta adolescentes en sus terapias, orientaciones sociales y sus respectivos estudios; b) Contrata en el plazo de TRES MESES a personal capacitado para ejercer el cargo de monitores o monitoras en un numero de diez personas más en cada centro de privación de libertad con la finalidad de brindar seguridad a los equipos técnicos en su función de atención a las y los adolescentes privados de libertad; c) Que en forma conjunta la Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia con el Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala (INACIF) hagan evaluaciones cada SEIS MESES a las y los adolescentes privados de libertad a efecto de dar tratamiento a las enfermedades y prevención de las mismas; d) Que en el plazo de UN AÑO se proceda a hacer las reformas estructurales en cada uno de los centros de privación de libertad a efecto de que haya un máximo de cinco adolescentes por dormitorio, con una cama o colchoneta para cada uno de las y

los adolescentes; e) Llevar a cabo programas y publicaciones en los medios de comunicación social en contra de la discriminación y estigmatización del adolescente que ha estado en conflicto con la ley penal a efecto de lograr el respeto y consideraciones a los adolescentes reinsertos en la misma; f) Coordinar con el Ministerio de Educación a efecto de las inscripciones en los ciclos lectivos que deben cursar las y los adolescentes puedan realizarlas en cualquier época del año; g) La creación de la Academia de reclutamiento y capacitación de monitores; h) Implementar los programas de reinsertión (estudios en el ciclo lectivo que corresponda, terapias psicológicas y orientaciones sociales desde que los adolescentes tengan su primer contacto con el sistema de justicia juvenil; j) Coordinar con el Ministerio de Educación programas de prevención del conflicto con la ley sean implementados en los grados de educación primaria y básicos de las escuelas, institutos y centros educativos públicos y privados; k) Oficiarse al Presidente Constitucional de la República de Guatemala, a efecto de que gire sus órdenes a donde corresponda, para que sean asignados los recursos económicos necesarios a la Secretaría de Bienestar Social

de la Presidencia para el cumplimiento de lo resuelto a la mayor brevedad posible. (Resolución 25 de octubre 2016, Juez Verónica Galicia)

De esta orden judicial podemos decir gratamente que se ha cumplido un noventa por ciento de lo ordenado y más que el cumplimiento de una orden judicial, la realidad de los adolescentes privados en Guatemala ha cambiado positivamente, aunque puede mejorarse consistentemente como todo en la vida, sin embargo, la situación actual de los mismos permite notar una gran diferencia a la que vivían hace años.

La justicia especializada de adolescentes en conflicto con la ley penal en Guatemala, permite garantizar en la actualidad los derechos fundamentales y garantías procesales de los y las adolescentes en los Centros Juveniles de Privación de Libertad.

El Estado de Guatemala a través de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia ha cumplido con lo ordenado en las distintas resoluciones judiciales nacionales y extranjeras, en beneficio de los adolescentes privados de libertad en Guatemala, representando un cambio significativo dentro del sistema de administración de justicia penal de adolescentes.

Los nuevos modelos de gestión juvenil para adolescentes en conflicto con la ley penal, permiten establecer el debido cumplimiento y respeto a los derechos fundamentales de los adolescentes privados de libertad como seres humanos en desarrollo, con base en una atención integral que permite una verdadera reinserción en la sociedad y en la familia.

La medida cautelar dictada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las resoluciones de la juez de ejecución, provocaron que verdaderamente el Estado de Guatemala le diera la atención y el interés necesario a este conflicto, cambiando completamente la situación de la mayoría de adolescentes privados de libertad en Guatemala.

Referencias bibliográficas

- Resolución de fecha veinticuatro de octubre dos mil dieciséis del Juzgado de Control de Ejecución de Medidas para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala.
- Medida Cautelar número 161-2017 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de fecha 12 de junio 2017.
- Resolución de fecha veinticuatro de octubre dos mil diecisiete del Juzgado de Control de Ejecución de Medidas para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala.
- Resolución de fecha veinticuatro de octubre dos mil diecinueve del Juzgado de Control de Ejecución de Medidas para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala.

Resoluciones ordenadas cronológicamente

- Resolución de fecha veinticinco de octubre dos mil dieciséis del Juzgado de Control de Ejecución de Medidas para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala.
- Medida Cautelar número 161-2017 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de fecha 12 de junio 2017.

- Resolución de fecha veinticuatro de octubre dos mil diecisiete del Juzgado de Control de Ejecución de Medidas para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala.
- Resolución de fecha veinticuatro de octubre dos mil diecinueve del Juzgado de Control de Ejecución de Medidas para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala.

Revista del
DEFENSOR

Revista del
DEFENSOR

El delito de Defraudación Tributaria frente a la Teoría General del Delito

Lic. Herbert Rocael Girón Lemus

Los delitos tributarios son considerados delitos especiales. Ello se debe por los matices que adoptan sus elementos, desde la perspectiva de la teoría general del delito. Así, aspectos tan fundamentales como la existencia previa de una obligación tributaria inciden en la configuración del resto de sus elementos objetivos y subjetivos. Los sujetos activos, verbos rectores y bienes jurídicos tutelados de estos delitos deben ser analizados holísticamente no solo desde la perspectiva penal sino también tributaria. Aunado a ello, el principio de *ultima ratio* del derecho penal merece especial consideración en estos delitos, sobre todo para evitar el uso excesivo del poder punitivo del Estado en aquellas situaciones donde bastaría un procedimiento administrativo ante la Superintendencia de Administración Tributaria.

En el presente trabajo se aborda el análisis del delito de defraudación tributaria en específico. Para ello, este delito será analizado desde los elementos objetivos y subjetivos del tipo. Esto con el fin de comprenderlo de una mejor manera y con el objetivo de contribuir a la distinción de aquellas situaciones constitutivas de este delito de aquellas otras que o bien no deben exceder del espectro administrativo sancionador o bien que ni siquiera son constitutivas de un ilícito tributario administrativo. En tal sentido, este trabajo se divide en dos partes, una general en cuanto a los delitos tributarios y la teoría general del delito y otra específica en cuanto al análisis del delito de defraudación tributaria.

1. Los delitos tributarios y la teoría general del delito

Todas las infracciones a las normas tributarias son constitutivas de ilícitos tributarios. No obstante, según sea la naturaleza de estas, algunas deberán ser sancionadas por los órganos jurisdiccionales penales, sobrepasando así la esfera punitiva de la administración tributaria. Es en esa última situación cuando los ilícitos tributarios se conciben específicamente como delitos tributarios. Sin embargo, dentro del catálogo de los delitos tributarios, será la defraudación tributaria la que abarcará el papel de objeto de estudio en el presente trabajo.

Para comprender por qué no todos los ilícitos tributarios forman parte de la jurisdicción penal es importante considerar la afectación que dichas infracciones pueden tener respecto al sistema tributario. Como lo indica Cordero (2012), existen infracciones tributarias que, dado su alcance amenazan de forma general el régimen jurídico tributario, lo cual incide negativamente en la justicia y eficiencia del sistema. Dichas situaciones, por tanto, trascienden más allá del simple interés de la Superintendencia de Administración Tributaria. Por ello, cuando existe un delito tributario no se habla de meras infracciones a las normas que regulan el funcionamiento de la administración tributaria, sino de infracciones que atentan a los fundamentos del sistema tributario.

Como primer concepto fundamental para este trabajo deberá entenderse al derecho penal tributario como una rama especializada del derecho penal sustantivo, cuyo objeto de estudio y aplicación radica en los ilícitos y sanciones que derivan de las infracciones a las normas que protegen la justicia y equidad del sistema tributario de un Estado (Samhan, 2012).

Lo relacionado al bien jurídico tutelado de los delitos tributarios será ampliado más adelante, no obstante, conviene abordar este trabajo considerando que todos los habitantes de la República de Guatemala tienen el deber de contribuir con los gastos públicos conforme a su capacidad y lo establecido en la ley, tal y como lo establece el Artículo 135 constitucional.

Claro está que no todas las infracciones a las normas tributarias pueden ser constitutivas de delitos. Ello no solo implicaría un error de política criminal, ya que como lo ha indicado Zaffaroni (2006), así como el poder punitivo del Estado es una derivación del *ius puniendi*, propio de la soberanía estatal, también es cierto que dicho poder no debe ejercerse ilimitadamente sino de forma restrictiva y eficiente. El principio de intervención mínima del derecho penal, derivado del principio de legalidad, refuerza el carácter último del derecho penal como la herramienta de control social a emplearse en las situaciones más graves en cuanto a su impacto social.

El delito en su generalidad, desde la óptica de su teoría general, requiere la existencia de elementos específicos o típicos. Estos constituyen caracteres esenciales para su existencia, de tal manera que, en la ausencia de alguno o algunos de ellos, el hecho no puede ser tipificado como delito (Amuchategui, 2012). En el caso de los delitos tributarios, por ser estos una especie del género, siguen la misma regla. No obstante, por su especial naturaleza y la íntima relación con el derecho administrativo y tributario, existen matices importantes para tomar en consideración.

Un cuestionamiento que puede surgir en la mente del lector es explicar la razón por la cual ciertas infracciones a las normas tributarias pueden ser constitutivas de delito, mientras que otras no. Como manifiesta García Novoa (2005), el sancionar penalmente dichas infracciones es una decisión de política criminal del Estado y que se ve influenciada por el contexto social y político. No obstante, esta es una respuesta meramente formal y que no atiende a los fundamentos que pueden motivar dicha política criminal. Conviene por lo tanto abordar el cuestionamiento desde el papel que la teoría general del derecho tiene respecto a estas situaciones.

El delito tributario se caracteriza por la relación que tiene con instituciones propias del derecho tributario, concretamente la relación jurídica tributaria, lo cual ha hecho que para algunos sectores estos delitos sean considerados como tipos penales en blanco. Es decir, aquellos tipos que para su tipificación requieren referirse a otras normas, incluso si estas pertenecen a otras ramas jurídicas. En concreto, son el Código Tributario y leyes especiales tributarias las que complementan los tipos establecidos en la legislación penal.

El papel de la relación jurídica tributaria es fundamental para la existencia del delito tributario. Esto a tal punto que es aquella la que dota de especialidad a estos delitos. Dado que el delito tributario requiere la existencia previa de una relación jurídico-tributaria y, considerando que esta relación involucra dos polos como lo son el contribuyente o responsable y la administración tributaria; puede concluirse que el sujeto activo en estos delitos debe tener el carácter de un sujeto obligado por la norma tributaria (Muñoz y García, 2010).

Sin embargo, esta afirmación no es absoluta, toda vez que, a pesar de su naturaleza de delito especial, ello no es óbice para que otros sujetos puedan ser responsables penalmente como partícipes, concretamente como inductores, cómplices, encubridores, copartícipes, instigadores, entre otros. Pero, aun considerando la naturaleza especial del delito tributario, no se logra establecer una justificación razonable de por qué estas conductas antijurídicas, en algunas situaciones, no se pueden limitar al campo del derecho administrativo sancionador. La razón debe enfocarse en el bien jurídico tutelado, mismo que es otro de los elementos del tipo penal y que lo caracterizan y diferencian de otros.

Respecto al bien jurídico tutelado en estos delitos, debe tomarse en consideración el fin del sistema tributario y el rol que los contribuyentes ejercen dentro de este. Los tributos son la principal fuente de ingresos en un Estado democrático. Existe un deber general previsto en la Constitución de Guatemala para contribuir con los gastos públicos conforme a las disposiciones legales. No obstante, también existen principios de rango constitucional que limitan el poder impositivo del Estado, dentro de los cuales resaltan la equidad y justicia tributaria.

El sistema tributario debe ser justo y equitativo para mantener su legitimidad desde la perspectiva democrática. Un sistema tributario que deja a un lado la equidad y justicia no solo es ineficiente, sino que fomenta la desigualdad y arbitrariedad. De allí deviene la justificación del deber general de contribución, pero cuando un contribuyente o responsable se sustrae de dicho deber sin una justificación legal atenta a su vez con la equidad y justicia de todo el sistema.

Así, los tributos dejados de pagar de forma anómala e irregular repercuten en una exoneración antijurídica de la obligación tributaria, lo que se traduce en una menor recaudación y lo que desemboca en una situación injusta donde serán otros los contribuyentes que deberán hacer frente a eventuales aumentos de la carga tributaria como consecuencia de la disminución en la tasa de recaudación.

Desde la perspectiva de los resultados, los delitos pueden ser de daño o de peligro, según la afectación al bien jurídico tutelado se materialice o se limite a una posibilidad o riesgo potencial (Villegas, 2001). En el caso del delito tributario claro está que se afecta directamente al sistema tributario en cuanto a la equidad y justicia como principios rectores del mismo. Asimismo, en consideración a los verbos rectores del delito existe también una afectación a la hacienda pública. En conclusión, estos son delitos de resultado y no meramente de peligro abstracto ni concreto.

Posiblemente el bien jurídico tutelado ha sido uno de los elementos más controvertidos al momento de tratar los delitos tributarios. Al hacer referencia al bien jurídico tutelado debe comprenderse dentro de este elemento al valor que el legislador pretende proteger o promover a través de la tipificación de una conducta social. Es preferible hablar de un valor y no meramente un bien para evitar incurrir en confusiones con otros elementos objetivos del tipo.

Para algunos sectores, el bien jurídico tutelado en los delitos tributarios es el patrimonio estatal, la recaudación propiamente dicha. Si bien no

puede negarse que la hacienda pública se ve mermada por estos delitos, limitar a ello el alcance del bien jurídico tutelado haría confundir estos delitos especiales con los delitos meramente patrimoniales. Para otro sector, respaldado como una tendencia mayoritaria, considera que el bien jurídico tutelado en estos delitos es el correcto funcionamiento de la administración tributaria y la aplicación de las normas tributarias (Samhan, 2012). No obstante, si bien dicha afirmación es correcta, es insuficiente para comprender el propósito de la existencia de estos tipos penales desde la perspectiva del valor que promueven y protegen.

Los delitos tributarios, por lo tanto, tienen como bien jurídico tutelado la justa contribución al sostenimiento de las cargas públicas, como lo expresa en sus propias palabras García Novoa (2005). Claro está que este valor está estrechamente relacionado con el correcto funcionamiento de la administración tributaria y los fines recaudatorios de esta. No obstante, el enfoque que se propone en este trabajo va más allá y se enfoca concretamente en garantizar y promover los principios constitucionales de la equidad y justicia tributaria.

Un sistema tributario que no es justo ni equitativo no solo promueve la falta de legitimidad y credibilidad del contribuyente hacia este. Sino que además promueve incentivos para sustraerse del cumplimiento de las normas tributarias, aspecto que redundará en una afectación a la recaudación impositiva y el correcto funcionamiento del Estado, lo cual significa en otras palabras, la consecución del bien común como fin primordial del Estado democrático actual. Es por ello por lo que, sin dejar a un lado los principios rectores del derecho penal, el legislador no puede

dejar de tipificar las conductas más serias que atentan contra la equidad y justicia del sistema tributario.

Los delitos tributarios, al ser considerados de resultado, requieren de la producción de un daño a la administración tributaria y la recaudación impositiva (Muñoz y García, 2010). Ello sucederá de distintas maneras, según sean los verbos rectores de cada delito, no obstante, y a manera de ejemplificación este resultado puede darse a través de la evasión, la no entrega de cantidades retenidas, obtención fraudulenta de devoluciones y la omisión de cooperación ante un requerimiento judicial. Por tanto, la mera puesta en peligro o riesgo que estas situaciones incurran no deberían encuadrar en los verbos rectores de los delitos y, en todo caso si existiera alguna anomalía, la misma debería ser revisada desde un enfoque administrativo tributario.

En cuanto al elemento subjetivo de los delitos tributarios, conviene recordar que este se refiere a la combinación de elementos tales como el conocimiento, la voluntad y la intención en la obtención de un resultado para el caso de los delitos de resultado. Sin embargo, respecto a este elemento se deben hacer algunas consideraciones. En primer lugar, está claro que el campo de aplicación del derecho penal debe estar encaminado a la exteriorización de las acciones u omisiones típicas. Por tanto, la esfera estrictamente interna de voluntad y conocimiento de los individuos escapa de este control estatal de *ultima ratio*.

Incluso en delitos propios de la delincuencia organizada, tales como la conspiración y sin perjuicio de los no pocos cuestionamientos que se les

han hecho, el derecho penal opera hasta el momento que las intenciones y conocimientos son exteriorizados al menos a través de planes, palabras o manifestaciones no verbales. Por tanto, el elemento subjetivo de los delitos, incluyendo los tributarios, será penalmente relevante hasta en su fase exterior al raciocinio de los partícipes.

Para comprender estas fases, se hace alusión a la explicación dada por Amuchategui (2012), quien habla del *iter criminis* para ejemplificar estas fases. Así, en este existe una fase interna comprendida por diversas situaciones que ocurren todas ellas dentro del raciocinio del partícipe y no se exteriorizan. Se tiene a la ideación u origen de la idea, seguidamente por la deliberación y que radica en el debate interno respecto a la aceptación o rechazo a la idea y por último la resolución que implica la toma de una decisión.

Por su naturaleza interna esta fase es irrelevante para el derecho penal, toda vez que ni siquiera sería posible respecto a un tercero llegar a conocer lo acontecido. Es importante aclarar que esta fase interna no debe ser exteriorizada por algún acto u omisión, situación en la cual se podría incurrir o al menos rozar con la fase externa, la cual si puede ser objeto de control penal si se dan los presupuestos para una conspiración o proposición. Dada su irrelevancia, en esta etapa no será necesario hacer alusión al desistimiento ni la tentativa como elementos negativos del tipo.

Luego se tiene la fase externa, misma que también consta de tres etapas según Amuchategui (2012). Luego de la resolución positiva de cometer el delito se dará la manifestación o exteriorización de forma verbal o no

verbal de la decisión. Si bien para la citada profesora este acto aún no tiene relevancia jurídica penal, cabe recordar que según los tipos penales de conspiración podría darse el caso que tales manifestaciones sí sean penalmente relevante. Luego se tendrá la planificación o preparación, aspecto que sí será penalmente relevante para algunos delitos. Por último, se tendrá la ejecución del acto u omisión y con ello ya se le podrá atribuir responsabilidad penal al sujeto, ya sea en grado de tentativa o por haberse consumado.

Por la naturaleza especial de los delitos tributarios y tomando en consideración que requieren de un resultado para consumarse, la tentativa no debería ser aplicable a estos. Es decir, el campo de intervención penal respecto a las acciones u omisiones requiere de un grado de consumación para producir el resultado previsto en los verbos rectores de estos tipos. No sería correcto afirmar que ello se debe únicamente a su carácter de delitos de resultado, ya que en ese tipo de delitos puede haber la responsabilidad por tentativa. En cambio, esta situación deriva de las demás características especiales de estos delitos, así como la especialidad de los verbos rectores que necesitan ser activados.

Ahora bien, el *iter criminis* no es el único aspecto relevante para analizar los elementos subjetivos del tipo. Así, según sea el grado del conocimiento e intención inmersos en la acción u omisión, así podrá hablarse de tipos dolosos o culposos. Lo cierto es que, por la naturaleza de los delitos tributarios, se excluyen definitivamente las formas de participación culposas o negligentes. Aunado a ello, como una derivación del principio de *ultima ratio* del derecho penal y el principio de legalidad, no pueden

crearse tipos culposos cuyo bien jurídico tutelado sea la justicia y equidad del sistema tributario.

El delito tributario es eminentemente doloso. El dolo existe cuando se conjugan los elementos subjetivos del conocimiento y la intención, es decir, la voluntad de realizar la acción u omisión que persigue un resultado antijurídico (Amuchategui, 2012). La acción u omisión dolosa se pondrá de manifiesto con los actos exteriores y la relación que estos tienen con el fin o resultado previsto en el tipo. En el caso del delito tributario, el dolo se pondrá de manifiesto cuando las acciones u omisiones estén encaminadas a consumir el perjuicio a la administración tributaria y la contravención a la equidad y justicia del sistema tributario.

Pero conviene también aclarar el campo de extensión que abarca cada uno de los elementos psicológicos de la conducta u omisión dolosa. Como señala Zaffaroni (2006) el conocimiento que requiere el dolo siempre debe ser efectivo y no una mera posibilidad o presunción. Además, dicho conocimiento debe recaer sobre los elementos objetivos del tipo y no se requiere por tanto un conocimiento respecto a la lesividad que se ocasionará.

Respecto al elemento cognitivo, una acotación que merece la pena ser hecha es lo concerniente al error de derecho o error de tipo. Los delitos tributarios, dada su especialidad y relación con el derecho tributario, implican instituciones tributarias que en algunos casos pueden no ser de conocimiento general, principalmente en un Estado con las características culturales y sociológicas como lo es la República de Guatemala. El error

de tipo por tanto puede ser un aspecto que eventualmente sea cuestionado respecto a estos delitos, pese a que la legislación penal guatemalteca no lo contempla como un eximente de responsabilidad.

El error de tipo está encaminado principalmente al conocimiento y consciencia de la conducta dolosa del sujeto activo. No se debe confundir esta institución con la ignorancia de la ley, aspecto que queda fuera de discusión en aras de promover la seguridad jurídica. Sin embargo, no puede negarse que pueden llegar a existir situaciones donde genuinamente el sujeto desconozca el carácter antijurídico de su actuación. No obstante, este tema rebasa el enfoque del presente trabajo, pero conviene cuestionarse sobre su aplicabilidad pese a su ausencia de reconocimiento legal expreso.

Otro aspecto importante para resaltar en cuanto al dolo es su función restrictiva en congruencia con el principio de *ultima ratio* que inspira al derecho penal democrático (Zaffaroni, 2006). Como aclaración, al hablar del derecho penal democrático se alude al derecho penal garantista y que reconoce el rol de la separación de poderes como mecanismo de limitación del poder y garantía de los derechos fundamentales. La función restrictiva del dolo radica en que únicamente son sancionadas penalmente las conductas delictivas conscientes, lo que se traduce también en un derecho penal de acto y no basado en prejuicios personales.

Probablemente, el autor se cuestiona por qué afirmarse que el delito tributario es de naturaleza especial. Su especialidad deviene de distintas situaciones, dentro de las que se menciona la naturaleza del sujeto activo, el bien jurídico tutelado y la íntima relación con las instituciones del derecho

tributario y administrativo. En primer lugar, estos delitos requieren como presupuesto esencial la preexistencia de una relación jurídico-tributaria entre el sujeto activo del delito -sujeto pasivo en la relación tributaria- y el Estado -sujeto activo en la relación tributaria- (Vizcardo, 2015).

Así, esta relación consiste en la obligación tributaria, misma que conforme al Artículo 14 del Código Tributario consiste en un vínculo jurídico, de carácter personal, entre la administración tributaria y los contribuyentes y responsables, cuyo objeto es la prestación del tributo. Esta relación nace solamente después de activarse el hecho generador previsto en la norma. De tal manera que, sin la existencia de esta relación no puede existir un delito tributario.

Relacionado a su especialidad, el sujeto activo en estos delitos necesariamente implicará al contribuyente o responsable (Ossandón, 2007). Esto no excluye la responsabilidad penal de terceros como partícipes, ya sea como cómplices, instigadores o incluso coautores; pero deja claro que no podría atribuírsele responsabilidad penal únicamente a estos últimos sin vincular al contribuyente o responsable como autor principal. En conclusión, el delito tributario goza de especialidad y, además en congruencia con el principio de intervención mínima, está reservado para aquellos actos que por sus condiciones no pueden ser sancionados por el derecho administrativo sancionador.

2. La defraudación tributaria y la teoría general del delito

Para los fines de este trabajo, se analiza a continuación la naturaleza y el alcance del delito de defraudación tributaria, ya que se ha convertido en la herramienta preferida de la administración tributaria para combatir los actos de evasión fiscal. Lastimosamente, la autoridad impositiva también ha recurrido a este tipo para sancionar aquellas situaciones que a pesar de no ser estrictamente evasivas y, por tanto, no deberían ser sancionadas por el derecho penal, sí son considerados por la administración tributaria como evasivos.

Antes de todo, conviene considerar que la defraudación tributaria es un tipo penal previsto por el ordenamiento jurídico guatemalteco. En congruencia con el principio de legalidad y taxatividad, el Código Penal en su Artículo 358 “A” lo tipifica de la siguiente manera:

Comete delito de defraudación tributaria quien, mediante simulación, ocultación, maniobra, ardid, o cualquier otra forma de engaño, induzca a error a la administración tributaria en la determinación o el pago de la obligación tributaria, de manera que produzca detrimento o menoscabo en la recaudación impositiva.

Dentro de los elementos que más resaltan a la vista del lector podrán ser el fraude o engaño necesario para llevar a cabo los actos constitutivos de defraudación tributaria y hacer incurrir con ellos en error a la administración tributaria. El otro aspecto que resalta es la necesidad del

resultado negativo que para el erario debe representar dicho engaño. De ello, se puede inferir que el dolo sobresale en la tipificación dada por el legislador.

Para Giuliani Fonrouge (2005), la existencia de los delitos tributarios se justifica y se diferencia de las infracciones administrativas, por ese elemento doloso y el impacto social que la transgresión representa. Así, menciona que estos actos dolosos no son una mera desobediencia o falta de colaboración con la administración tributaria, sino que son suficientes para quebrantar el orden normativo tributario y en consecuencia el orden social, toda vez que al sustraerse del cumplimiento de la obligación tributaria se ocasiona un perjuicio para la sociedad en general.

En el delito de defraudación, el dolo se pone de manifiesto toda vez que el contribuyente lo que pretende es sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones tributarias, reduciendo su carga impositiva y así aminorar o eliminar su carga tributaria, pero haciéndolo a través del engaño, el ardid o la simulación. Este tipo penal, por tanto, no es de naturaleza negligente o culposa. Incluso, algunos sectores doctrinarios han resaltado las similitudes entre este tipo y la estafa patrimonial. Empero, como se ha indicado, el bien jurídico tutelado en la defraudación tributaria no es solamente el patrimonio, sino que se extiende a la justicia y equidad de todo el sistema tributario.

En el delito de defraudación tributaria se observa una afectación al erario derivada del ardid o engaño. Esto toda vez que la transgresión al orden tributario se ejecuta con el único propósito de sustraerse del deber de

contribución, aspecto que incide en la recaudación tributaria y por ende en los ingresos públicos (Muñoz y García, 2010). Se configura así el perjuicio patrimonial para el Estado, el cual es el otro elemento característico de la defraudación tributaria, lo cual caracteriza a este delito como uno de resultado y no meramente de peligro abstracto o concreto.

En cuanto al elemento subjetivo, el delito de defraudación tributaria requiere de una intención concreta que consiste en perjudicar a la recaudación tributaria. Este elemento debe concurrir con otro de carácter objetivo, mismo que consiste en la realización de los actos o maniobras que hagan inducir en error a la administración tributaria en cuanto a la determinación de la obligación tributaria o el pago de los tributos. Con estas maniobras se pretende dar la apariencia de legítima a actos que carecen de sustancia económica y cuyo objetivo primordial es reducir la carga impositiva (Villegas, 2001). Conviene aclarar que esa intención de ocasionar perjuicio económico no necesariamente debe ser directa, sino que también puede ser una situación que encuadre como un resultado posible y por tanto un dolo eventual.

Por su naturaleza, la defraudación tributaria tiene inmerso el elemento de ilicitud. Toda vez que con ella se persigue la reducción o eliminación de la carga tributaria a través del empleo del ardid o engaño (Giuliani, 2005). Por esta razón, algunos autores consideran que la defraudación tributaria es una manifestación de la estafa. No obstante, esta postura se critica por su simplicidad, toda vez que, en los delitos tributarios, más que proteger el patrimonio estatal como bien jurídico tutelado, lo que se protege es el ordenamiento jurídico tributario por la incidencia social que este tiene y su

relación con la actividad financiera del Estado, es decir, buscan proteger la justicia y equidad del sistema.

El delito de defraudación tributaria se caracteriza por sus verbos rectores. Este requiere indispensablemente el empleo de algún mecanismo de engaño y astucia para con ello hacer incurrir en error a la administración tributaria en la determinación o pago de los tributos. Los actos de simulación, por tanto, forman parte de los verbos rectores que pueden dar lugar a este delito.

Para comprender qué es la simulación, es útil remitirse a los Artículos 1284 y 1285 Código Civil. Estos hacen inferir que existe simulación cuando las partes de un negocio jurídico deliberada y falsamente encubren la naturaleza real de sus actos con el fin de aparentar otros de distinta naturaleza frente a terceros. También existirá simulación cuando el negocio jurídico aparentado falsamente frente a terceros nada tiene de real. En ambos casos se denota el elemento de engaño, lo cual encuadra en los verbos rectores del delito de defraudación tributaria.

El elemento doloso debe ser respecto a la determinación o pago de la obligación tributaria. Esto ha hecho considerar al delito de defraudación tributaria como un tipo penal en blanco. Estos tipos son aquellos en los cuales la conducta antijurídica no se encuentra completamente definida en el tipo dado por el legislador, por lo que para darle su correcto alcance se hace indispensable acudir a otras disposiciones normativas de carácter extrapenal (Amuchategui, 2012).

Los tipos penales en blanco no atentan con el principio de legalidad y taxatividad sobre el que se fundamenta el derecho penal democrático, siempre y cuando cumplan ciertos requisitos. Dentro de estos, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en los expedientes acumulados 2240 y 2351-2004, (citando a Real Academia Española, s.f.) ha fijado los siguientes:

(...) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite (...). (2006, p.24)

En el delito de defraudación tributaria este reenvío a normas extrapenales se suple con el ordenamiento tributario. En concreto, para comprender en que consiste la determinación de la obligación tributaria, conviene acudir al Código Tributario, cuyo Artículo 103 establece:

(...) es el acto mediante el cual el sujeto pasivo o la Administración Tributaria, según corresponda conforme a la ley,

o ambos coordinadamente, declaran la existencia de la obligación tributaria, calculan la base imponible y su cuantía, o bien declaran la inexistencia, exención o inexigibilidad de la misma. (Decreto Número 6-91 Código Tributario, 1991)

La determinación es efectuada por el mismo contribuyente a través de la declaración de los tributos (Alveño, 2013). La función de la Superintendencia de Administración Tributaria se enfoca en la verificación y fiscalización de dicha determinación, para formular los ajustes tributarios si la determinación efectuada por el contribuyente no fuere acorde a los parámetros legales. Así, el contribuyente tiene la posibilidad de emplear mecanismos de engaño, para así de forma dolosa determinar erróneamente la obligación tributaria.

El dolo en el delito de defraudación tributaria es el elemento característico para diferenciarlo de los actos cometidos en fraude de ley. Por ello se justifica la inclusión de la simulación como parte de sus verbos rectores. El dolo se pone de manifiesto por la utilización de maniobras fraudulentas para engañar, simular u ocultar la realidad económica a la administración tributaria. Su naturaleza no puede ser por tanto negligente o ignorante y difiere sustancialmente del fraude de ley, toda vez que este último no pretende engañar ni ocultar la realidad, sino más bien evitar activar el hecho generador al optar por otra alternativa real creada deliberadamente por el contribuyente para tal propósito.

Respecto a los sujetos del tipo, si bien la norma no lo indica expresamente, es razonable inferir que el sujeto activo debe ser el contribuyente o responsable, toda vez que son los únicos inmersos en la obligación tributaria y que podrían hacer incurrir en error a la administración tributaria en cuanto a la determinación o pago. Esto sin perjuicio que podrán ser responsables otros partícipes, según su grado de participación; y que, en el caso de las personas jurídicas, serán responsables penalmente los empleados, representantes legales o funcionarios que hayan intervenido en el acto de defraudación en beneficio de la entidad.

El delito de defraudación tributaria es de naturaleza especial por los matices que adoptan sus elementos desde la óptica de la teoría general del delito. Posiblemente, es en cuanto a su elemento subjetivo donde mayor énfasis debe hacerse, toda vez que este delito requiere un dolo específico, como lo es el empleo del engaño, ardid o simulación con el único propósito de hacer incurrir en error a la administración tributaria en la determinación y pago de la obligación tributaria. Por ello, situaciones tales como el fraude de ley, la planificación fiscal, la falta de pago de tributos o la negligencia en cuanto a la determinación de la obligación o pago; no deberían ser encuadradas en los verbos rectores de este delito. Desafortunadamente, existen situaciones que, pese a la ausencia del elemento doloso, son criminalizadas por la administración tributaria, lo cual es contrario a la naturaleza de *ultima ratio* del derecho penal democrático.

Referencias bibliográficas

- Alveño, M. (2013). Derecho tributario guatemalteco. Guatemala: Ediciones de Pereira.
- Amuchategui, G. (2012). Derecho Penal. México: Oxford, cuarta edición.
- Congreso de la República de Guatemala. (1973, 27 de julio). Decreto Número 17-73 Código Penal. Diario de Centro América. Recuperado de: <http://ww2.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnálisisDocumentaciónJudicial/cds/CDs%20compilaciones/Compilación%20Leyes%20Penales/default.htm>
- Congreso de la República de Guatemala. (1991, 9 de enero). Decreto Número 6-91 Código Tributario. Diario de Centro América. Recuperado de: [https://www.minfin.gob.gt/images/leyes%20solicitadas/Leyes%20tributarias/DECRETO%20DEL%20CONGRESO%206-91%20\(Co%CC%81digo%20Tributario\).doc](https://www.minfin.gob.gt/images/leyes%20solicitadas/Leyes%20tributarias/DECRETO%20DEL%20CONGRESO%206-91%20(Co%CC%81digo%20Tributario).doc)
- Cordero, E. (2012). El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. Revista de Derecho, Vol. XXV, No.2, 131-157.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2006). Sentencia del siete de septiembre de dos mil seis. Expedientes acumulados 2240 y 2351-2004.
- García Novoa, C. (2005). El delito fiscal. Aspectos jurídico-tributarios. Derecho, Vol.12, Núm.2, 37-84.
- Giuliani, C. (2005). Derecho Financiero. Volumen II. Argentina: La Ley. 9 edición.

- Muñoz, F. y García, M. (2010). Derecho Penal Parte General. España: Tirant lo Blanch, 8ª edición.
- Ossandón, M.M. (2007). El sujeto activo en los delitos tributarios. Revista de Derecho (Valparaíso), Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Núm. XXVIII, 155-187.
- Real Academia Española. (s.f.). Diccionario panhispánico del español jurídico, ley penal en blanco. Consultado el 20 de mayo de 2022. Recuperado de: <https://dpej.rae.es/lema/ley-penal-en-blanco>
- Samhan, F. (2012). El ilícito tributario: naturaleza jurídica y tratamiento en la legislación peruana. Revista Peruana de Derecho Tributario, Universidad de San Martín de Porres Tax Law Review, Año 6, No.17, 3-27.
- Villegas, H. (2001). Curso de finanzas, derecho financiero y tributario. Argentina: Depalma. 7 edición.
- Vizcardo, S.J. (2015). El tratamiento del ilícito tributario desde la óptica del derecho penal y del derecho administrativo sancionador. Alma Máter, Vol.2, No.2, 87-100.
- Zaffaroni, E., Alagia, A., y Slokar, A. (2006). Derecho Penal Parte General. Argentina: Ediar, segunda edición.

Revista del
DEFENSOR

Revista del
DEFENSOR

El delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas VS Principio de proporcionalidad

M.Sc. Jorge Emmanuel Méndez Fuentes

La población guatemalteca ha sido objeto de muchos escenarios criminales a lo largo de varios años, por un lado, los autores de determinados delitos utilizan consigo armas de distintas clases para llevar a cabo su acción ilegal logrando así la consumación de uno o varios delitos, regularmente son tipos penales que violentan el patrimonio como bien jurídico tutelado; por otro lado, se encuentran aquellas personas quienes cometen acciones conocidas en la doctrina como delitos de peligro abstracto, es decir, aquellos en las que se hace presente la antijuridicidad legal mas no la material, puesto que la misma desobediencia a la norma jurídica consume un delito sin causarle daño a la vida, integridad y seguridad de ningún ciudadano.

La observación anterior, puede ejemplificarse con el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, ya que la ley especial que lo regula, prohíbe portar armas de fuego de las establecidas en la misma, sin la licencia emitida por la DIGECAM, tomando en cuenta que no se agredió a nadie, no se hirió, ni le causó la muerte a ninguna persona, es decir, que la desobediencia al Artículo 123 de la Ley de Armas y Municiones (Decreto 15-2009) determina la consumación de este delito, sometiéndose a un proceso penal y al culminar éste, si fuese una sentencia condenatoria, implica una pena mínima de ocho (8) años y una máxima de diez (10) años de prisión, inmutable y el comiso del arma (s) incautada (s).

Con base en el ejemplo anterior, atendiendo y tomando en cuenta que existen delitos de mayor gravedad que causan daños físicos, psicológicos

y materiales, tienen establecida una pena menor a la de este delito que únicamente castiga la desobediencia de una norma, si bien es cierto, las normas son para cumplirse, pero su pena debe ser real, justa y sobre todo proporcional al daño generado; por ello, debe realizarse un análisis jurídico sobre la pena que recae sobre el autor de este delito (portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas) ya que violenta el principio de proporcionalidad, para ello es importante ahondar en los siguientes temas para mejor comprensión del tema central:

A) Aspectos Generales de la Ley de Armas y Municiones Decreto número 15-2009

El Decreto número 15-2009 que da vida a la Ley de Armas y Municiones es creado por el legislador, atendiendo a lo regulado en la Constitución Política de la República donde se reconoce el derecho a la portación y tenencia de armas de uso personal salvo las prohibidas por dicha ley. Se describe el Artículo 38 de la Norma superior:

Tenencia y portación de armas. Se reconoce el derecho de tenencia de armas de uso personal, no prohibidas por la ley, en el lugar de habitación. No habrá obligación de entregarlas, salvo en los casos que fuera ordenado por juez competente. Se reconoce el derecho de portación de armas, regulado por la ley. (Constitución Política de la República de Guatemala, 1985)

La Corte de Constitucionalidad ha opinado al respecto, considerando que: “... remite la regulación de ese derecho a normas con jerarquía de ley, es decir, la portación de cualquier tipo de arma debe estar sujeta a las condiciones que para el efecto imponga la ley respectiva. Esta garantía de legalidad obliga a que solamente el Congreso... Puede determinar esas condiciones para el ejercicio de tal derecho que, como todos los demás, no tiene carácter absoluto e ilimitado, sino que se relativiza en orden a valores superiores del ordenamiento constitucional, que consisten en el respeto a la libertad y la seguridad ajenas y cuya protección se encuentra en el Artículo 44, que dispone que el interés social prevalece sobre el interés particular.”¹⁵ (Corte de Constitucionalidad, 2010)

Es evidente que a esa “seguridad” a la que se intenta proteger mediante el permiso de portar o tener un arma de fuego es en sí, aquella de protegerse asimismo, atendiendo a los datos estadísticos relacionados a la alta delincuencia en Guatemala; por lo que, con ese ánimo de proteger los bienes jurídicos de una persona, el legislador reguló la pertinencia de reconocer la tenencia y portación de armas como una forma de protección personal según sea el caso de cada persona, esto con el objetivo de garantizar la seguridad personal y resguardar el derecho a la vida e integridad.

A pesar que la Constitución ha reconocido y declarado el derecho de tenencia y portación de armas de fuego (Artículo 38 CPRG), en la sociedad guatemalteca ha incrementado la proliferación de armas de distintas clases y que en diversas circunstancias ha puesto en riesgo la vida, integridad y seguridad del conglomerado social por la estrecha relación

15 Expediente 1370-2010. Fecha de sentencia 06/07/2010.

de dichas armas con los actos violentos que se generan a diario dentro del territorio, por esa razón tiene sentido la creación de dicha ley, misma que cuenta con un objeto, naturaleza jurídica, clasificación, conceptos y la descripción de tipos penales que prohíben determinadas conductas y dicho conjunto está enfocado en proteger los bienes jurídicos; ahora bien, es importante realizar un análisis desde un punto de vista político criminal sobre la certeza deseada por el legislador para reducir los actos criminales a mano armada; tomando en cuenta considerablemente que Guatemala es parte firmante de las Convenciones de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Convención Interamericana para la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros materiales relacionados, donde Guatemala está comprometida a generar las medidas legislativas necesarias para poder erradicar el tráfico ilícito de armas de fuego y municiones, y así establecer el control correspondiente.

A pesar de ello, la población guatemalteca ha reaccionado subjetivamente ante la imperatividad de este artículo constitucional, ya que han hecho uso de su derecho a portar armas de fuego para autoprotegerse, no de manera universal, ya que el supuesto normal es que los particulares no necesitan de armas para su desenvolvimiento social. Por lo que, con la ley de Armas y municiones actual al aumentar excesivamente la pena en los tipos penales, el legislador supuso reducirían los actos criminales, pero *contrario sensu* es notorio que dicha política criminal no ha sido eficaz, puesto que el ciudadano quien porte un arma de fuego con la licencia respectiva no es garantía que no ponga en peligro el bien jurídico protegido de la vida y la integridad personal de otro ciudadano, por ello, la sociedad ante el

incremento de la delincuencia ha optado por portar armas de fuego y hacer uso de ellas para poder realizar justicia por fuerza propia, es decir, la naturaleza de dicha necesidad impera del incumplimiento del Estado en garantizar la seguridad colectiva.

En la ley de armas y municiones hay conceptos importantes que abordar para relacionarlos con la comprensión del tema central; por lo que, primeramente, la tenencia según el Centro de Análisis y Actualización Jurídica -CEANAJ- es: "... la posesión u ocupación corporal del arma. Esto implica no poder movilizarla del lugar en el que se ha registrado tener, a menos que se encuentre descargada y separada de sus municiones" (-CEANAJ-, 2019, pág. 5). Es decir, que la posesión simple del arma determina la tenencia con la prohibición de transportarla o portarla en la vía pública o lugar distinto al que fue registrada, regularmente los centros de ventas de armas facilitan la tenencia de estas. Asimismo, se describe "la portación de armas implica el movilizar el arma cargada, y lista para usarse, del lugar de tenencia y poder ingresar a lugares públicos con ella" (-CEANAJ-, 2019, pág. 5). (el subrayado es del autor) Por ello, se entiende que la portación es llevar consigo un arma de fuego. (El subrayado es del autor)

La relacionada ley, describe conceptos, clasificación de armas, todo lo relativo a la Dirección General de Control de Armas y Municiones -DIGECAM- la fabricación, reacondicionamiento, exportación, importación, el transporte y el traslado de las armas de fuego conjuntamente con las municiones, así como la compraventa, tenencia, portación, registro, armerías, polígonos de tiro y un catálogo de delitos, faltas, penas y

sanciones que determinan conductas prohibidas establecidas por el legislador para preservar el derecho a la vida, seguridad, integridad y el bienestar social de la población guatemalteca. Por ello, lo siguiente será realizar un análisis sobre el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, esclareciendo situaciones prácticas, asuntos relacionados al litigio, un pensamiento jurídico-crítico y lo relativo a la pena establecida en la actualidad sobre dicho delito.

B) Análisis Jurídico del delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego de Uso Civil -y/o Deportivas

El decreto número 15-2009 Ley de Armas y Municiones, tiene un contenido basado en definiciones, objeto, finalidad y creación de instituciones y de tipos penales; en base a este último, se encuentra el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, contenido en el Artículo 123 de dicha ley: “Comete delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, quien sin licencia de la DIGECAM o sin estar autorizado legalmente porte armas de fuego de las clasificadas en esta Ley como de uso civil, deportivas o de ambas clases. El responsable de este delito será sancionado con prisión de ocho (8) a diez (10) años incommutables y comiso de las armas.”

Al hacer un análisis sobre este tipo penal es importante interpretar que dicho delito corresponde a la clasificación de los tipos penales de peligro abstracto, en virtud que, el mismo constituye una presunción de peligrosidad en contra del imputado creado por el legislador (Girón Palles, 2017), es decir, que basta con la realización de la conducta para la consumación del mismo, tomando en cuenta que es la misma desobediencia a la norma en

donde se consuma el delito atendiendo a los elementos de su tipificación, sin realizar un daño que genere una antijuricidad material, únicamente la legal.

No produce un resultado de lesión o resultado de peligro y los bienes que tutela son generalmente difusos por no tener una víctima definida (Girón Palles, 2017). Tal como se ha reiterado, en este tipo penal existe una antijuricidad legal puesto que existe esa relación de oposición entre la acción (Portar un arma de fuego sin licencia de la DIGECAM) y la norma penal (Artículo 123 Ley de Armas y Municiones) sin embargo no se configura la antijuricidad material ya que no externa daño alguno a objeto o personas; tomando en cuenta que el legislador aumento la pena en esta figura jurídica con el objeto de prevenir un daño mayor adelantando la culpabilidad, entonces puede pensarse que cualquier persona quien porte un arma sin licencia puede quitarle la vida a alguien, sin embargo, por circunstancias lógicas, ¿Qué nos haría pensar, que el hecho de tener licencia, garantiza no vedarle ese derecho (vida) a las personas?

Del tema de delitos de peligro abstracto, se puede deducir que existe un anticipo de la culpabilidad, ya que el Estado trata de prevenir la comisión de otro delito, ya que estos delitos constituyen una preparación para consumarlos. Sin embargo, todo se vuelve un panorama totalmente simbólico, puesto que el hecho de crear una norma con una pena mínima exageradamente grande, desproporcional al daño generado, cambie las circunstancias estadísticas de la comisión de este delito, toda vez, que el hecho que dicho tipo penal tenga consigo una pena mínima de ocho (8)

años de prisión incommutables, no va a reducir su comisión y en el peor de los casos, aumentarla.

Al realizar un estudio y análisis jurídico del delito relacionado contenido en el Artículo 123 de la Ley de Armas y Municiones debe interpretarse que el Estado a través de su poder punitivo sanciona la propia desobediencia que genera la acción a la norma legal, pues determina la exclusión del daño causado al sujeto pasivo, criminalizando para el efecto la mera actividad generada por la propia acción sin la reproducción de un daño físico o material. Es por ello que los delitos de peligro abstracto son delitos de mera actividad en donde con solo realizar la conducta prohibida se tiene por consumado el delito” (Girón Palles, 2017, pág. 67). Es importante, para efectos jurídicos de interpretación, analizar lo que regula el tercer considerando de la relacionada ley, indicando que la misma proliferación de armas de fuego, pone en riesgo la vida e integridad física de la mayoría de los habitantes de la República. (Congreso de la República, 2009) Esto último, constituye entonces un peligro para los mismos, aunque a juicio propio, se insiste que el hecho de contar con licencia respectiva emitida en la DIGECAM no quiere decir que se asegure y garantice el derecho a la vida o integridad física, ya que, según lo establecido en la ley, el hecho de contar con la misma no pone en peligro único a los titulares de los bienes jurídicos protegidos dentro de una colectividad social, se castiga entonces el incumplimiento de la misma.

Es la desobediencia a la norma, y se prescinde de la concurrencia del daño, el que solo se hipotetiza. De este modo se busca una completa

fidelidad en la norma por parte del individuo, castigándose la mera inobservancia legal y se desecha por completo el resultado lesivo o al menos la concurrencia de un peligro concreto y verificable. (Yancarelli, s.f.)

Veamos más detenidamente, el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas se consuma cuando se configura el verbo rector: portar, y quien lo comete es cualquier persona quien será el portador, según el diccionario jurídico “quien lleva o trae una cosa de una a otra parte” (Cabanellas de Torres, 2001, pág. 310). Asimismo el Diccionario de la Real Academia Española regula: “Portar: llevar o traer alguna cosa” (Diccionario Punto de la Lengua Española), por lo que, portar un arma de fuego es llevarla consigo; el sujeto activo puede ser cualquier persona, de forma unisubjetiva o plurisubjetiva, debe recordarse que dicho sujeto es quien comete la acción ilícita, en este caso la propia desobediencia a la norma sustantiva especial; el sujeto pasivo en el delito concreto, puede ser el Estado a través de sus dependencias como el Ejército de Guatemala o las fuerzas de seguridad, asimismo la sociedad, ya que ésta última corresponde a los miembros de un Estado que exponen sus bienes jurídicos; en cuanto al bien jurídico tutelado corresponde garantizar y proteger los derechos a la vida e integridad física de los elementos de un conglomerado; sus elementos, el interno, corresponde al dolo o a la voluntad propia de portar armas de fuego de uso civil o de carácter deportivo, es importante señalar que la misma ley de armas y municiones en sus Artículos 9 y 11 determina cuales son las armas de fuego de uso civil y las deportivas, importante es que el defensor

público pueda observar este parámetro sustantivo, ya que, al presentársele un caso de esta naturaleza y dicha arma no se encuentre comprendida en ninguno de estos dos artículos, no se está ante la presencia de este delito; es importante también velar porque se cuente con licencia aunque no se porte, es decir que, si el portador de un arma de fuego, quien si cuente con licencia, sin embargo, no la lleve consigo, no esta cometiendo el delito comprendido en el Artículo 123 (portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivas) sino una falta que da a lugar el Artículo 130 (De la portación de un arma de fuego sin la licencia correspondiente), tomando en cuenta que tiene una pena de multa y según el Artículo 44 de la ley adjetiva penal, debe conocer para el efecto el juzgado de paz correspondiente. En cuanto al elemento material, para análisis jurídico, la simple desobediencia a la norma, es decir, el hecho de portar un arma (corporalmente) sin la licencia respectiva da lugar a la consumación del ilícito penal ya relacionado. (El subrayado es del autor)

El defensor debe especialmente estudiar ¿Cómo?, Cuándo?, Dónde?, Qué? y Por qué? se cometió el delito, en cuanto a la entrevista inicial que se le realiza a las personas detenidas, el defensor debe tener claro cómo surgieron los hechos, especialmente con cada detalle relacionado al mismo, por ejemplo, cuando los agentes de la Policía Nacional Civil le realizan un alto a una persona adolescente quien conduce el vehículo de su progenitor, ignorando que el mismo (el progenitor) olvidó sacar su arma de fuego del vehículo relacionado, siendo evidente que dicho conductor (el adolescente) ignoraba que transportaba un arma de fuego, podría alegarse un error de tipo en el juicio correspondiente ya que no se configura como tal el dolo de cometer el delito de portación ilegal de armas de fuego, y se sabe que no existe este delito con un elemento subjetivo culposo. “Quién

en la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal no actúa dolosamente. Con ese “conocimiento”, cuya falta excluye el dolo típico, se hace referencia al elemento intelectual del dolo.” (Roxin, 1997, pág. 458).

En base a la conducta generada, se debe tomar en cuenta el movimiento corporal con voluntad para consumir el mismo siendo instantánea su duración. Importante tomar en cuenta, que éste delito según el Artículo 24 del código procesal penal es perteneciente a los delitos de acción pública, donde el Ministerio Público quien tiene el monopolio de la persecución penal deberá actuar de oficio. (Escobar Cardenas, 2017)

Posterior a realizar un análisis jurídico del delito ya relacionado, importante es la estricta observancia de su pena y si la misma ha sido útil, pertinente y funcional, además, analizar si ha cumplido con los objetivos de la prevención general o bien, cabe la interrogante ¿Es proporcional su pena mínima y máxima al daño causado? Para ello, a continuación, se describe el principio de proporcionalidad.

C) Principio de Proporcionalidad

Las normas jurídicas deben complementarse con los principios propios del derecho, reiterando el compromiso que adoptan los mismos, ya que estos son los pilares fundamentales de las normas y deben guiar su aplicación hacia una justicia digna, eficaz y oportuna. Para ello, en el mundo jurídico del derecho, existen una infinidad de principios básicos, sin embargo, para especificar el análisis y estudio cronológico, se tratará el principio de proporcionalidad.

Se realiza una breve alusión sobre el principio de legalidad, tomando en cuenta que el mismo garantiza una diversidad de derechos y concretiza obligaciones, sin embargo, trata de establecer una sana relación entre el Estado, sus normas legales y los ciudadanos que residen dentro del territorio nacional; de tal forma que la creación de la política criminal, la prevención general y especial y todo lo relacionado con la prevención de la comisión del delito se enfoca en no politizar el endurecimiento de penas reguladas en el código penal, ya que actualmente el mismo, describe en su contexto penas excesivamente elevadas donde se criminalizan conductas donde no se ha producido daño alguno sino únicamente se ha puesto en peligro el bien jurídico.

La proporcionalidad de la pena tiene dos momentos; el primero, cuando el legislador hace la norma, ha de prever que la sanción sea proporcional a la gravedad de la conducta y al daño causado al bien jurídico, y el segundo momento, cuando los jueces después de probada la culpabilidad ponderan la pena a imponer. (Girón Palles J. , 2015, pág. 10)

Al considerar las penas y su relación con el principio de proporcionalidad deviene describir la necesidad de aprobar normas que tiendan a reducir los riesgos de comisión de delitos, buscando así una prevención general positiva donde se logre disminuir conductas ilícitas que dañen seriamente bienes jurídicos protegidos por el Estado. Al analizar las características

de una pena, esta debe ser útil, personal, necesaria y proporcionada, esta última, se refiere al punto de partida al que se quiere llegar, puesto que dicha característica determina que la pena como tal, debe ser proporcional al daño generado y aplicarse con moderación y humanidad a la gravedad del ilícito penal. Por ello, los legisladores al llevar a cabo el procedimiento específico de creación de una ley, deben ser cuidadosos con este principio para no vulnerar su naturaleza jurídica, ya que, cuando entre en vigencia, los juzgadores deberán adoptar una estricta observancia a la norma jurídico-penal, atendiendo a su contenido más los principios propios del derecho, tal como la justicia, esto se deriva como una nueva corriente de interpretación constitucional observándose desde un punto de vista neoconstitucionalista cambiando el paradigma positivista.

Sub-principios de la proporcionalidad

a) Idoneidad

La idoneidad se manifiesta especialmente cuando existe la pertinencia de observar y analizar el texto regulado por el legislador tomando en cuenta si dicha norma constituye un medio idóneo y elemental para poder acabar con el flagelo que ha desenvuelto actos delictivos significantes poniendo en peligro a la sociedad como tal.

... establecer algún nexo de causalidad positiva entre la medida adoptada por el legislador y la creación de un estado de cosas en el

que se incremente la realización del fin legislativo en relación con el estado de cosas existente antes de la intervención. (Carbonell, y otros, 2008, pág. 275)

Debe observarse la idoneidad que representa el contenido estricto de la norma jurídica, especialmente en cuanto a los efectos que produce el impacto de su pena desde su rango mínimo hasta el máximo; es preciso verificar si la acción u omisión típica, antijurídica, culpable, imputable y punible descrita en la norma penal puede llegar a afectar el bien jurídico protegido, tomando en consideración que prohibiendo la misma deberá destinarse a proteger el bien jurídico y para ello, es de gran relevancia tener presente el principio de lesividad, tomando en cuenta la exteriorización de la acción tipificada en la norma penal, ya que, deberá establecerse ese nexo entre una conducta prohibida y la afectación del bien jurídico tutelado. Posterior a realizar este análisis concreto, debe verificarse estrictamente si la conducta realizada es constitutiva de un peligro abstracto para el bien jurídico del sujeto pasivo quien interviene en las circunstancias fácticas.

Un parámetro idóneo para identificar el sub-principio de idoneidad constituye especialmente en la exigencia de la verificación del tipo penal como un medio ideal para evitar que se continúe cometiendo la conducta prohibida, es decir, examinar lo que se denomina eficacia preventiva.

Por lo que, al realizar el análisis e interpretación de la norma jurídico-penal, puede establecerse la carencia de idoneidad, especialmente, cuando su vínculo con el fin principal del tipo penal, genere una causalidad de

carácter negativo, porque alejará a toda costa la consumación de los fines de éste o cuando genere un final totalmente distinto al planificado.

b) Necesidad

Al haber analizado el sub-principio desarrollado en la literal anterior, es decir, haber acreditado la idoneidad proporcional sobre los aspectos jurídicos de la norma penal y de la sanción como forma punitiva de la conducta prohibida regulada por el legislador, entra a tomar parte el sub-principio de necesidad, ya que, debe realizarse una combinación de pensamientos lógicos para comparar el tipo penal y otros métodos alternativos, es decir, determinar la idoneidad como ente de persecución de un fin puramente legislativo y la menor lesividad y perjuicio al sujeto titular de derechos fundamentales y constitucionales sometidos a las disposiciones legislativas.

La medida adoptada por el legislador se reputará necesaria cuando no exista un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo, al mismo tiempo resulte más benigno desde la perspectiva de los derechos fundamentales objeto de intervención (Carbonell, y otros, 2008, pág. 278). Por lo que, importante es saber diferenciar los sub-principios que son relevantes y que se concatenan para deslumbrar la proporcionalidad sobre la norma penal, tomando en cuenta entonces que, el de idoneidad se orienta a establecer un buen resultado sobre la pena impuesta y descrita en la ley, mientras que el de necesidad determina lo necesario de su aplicación, el examen positivo de su eficiencia, es decir, que el mismo alcance el fin propuesto con el menor perjuicio posible y que no exista otra alternativa legal más benigna.

El principio de subsidiariedad tiene relación con el sub-principio de necesidad ya que su contexto determina buscar alternativas concretas menos lesivas; para ello, debe verificarse la existencia de otros mecanismos suficientemente idóneos, más benignos para la protección jurídica del bien, asimismo, sino existiese otro mecanismo decretado, la cuantificación en la sanción debe constituir la mínima y deberá ser necesaria para cumplir con la finalidad preventiva, tomando en cuenta el grado de lesividad material generado a razón de la conducta ilícita realizada.

c) Proporcionalidad en sentido estricto

Es de suma importancia observar los sub-principios que traen consigo una serie de información para un uso responsable, atendiendo a que estos, complementan la norma jurídica penal; es vital para poder aplicar el principio de proporcionalidad en sentido estricto, la determinación de la existencia de los sub-principios de idoneidad y necesidad, puesto que debe aplicarse la proporcionalidad en sentido estricto para cerrar, como coloquialmente se conoce, con “broche de oro”. Para ello, este principio regula especialmente la ponderación entre el análisis de principios violados, la pena y por el otro lado, los principios que determinan la tutela judicial de los bienes jurídicos legalmente establecidos.

Es por ello, que debe imperar el grado de idoneidad de la medida prohibitiva, dependiendo claro está, de los sustentos probatorios que respalden la eficacia preventiva o la inexistencia de los datos pretendidos que simulen una nula utilidad o que generen un resultado contraproducente sobre la protección del bien jurídico. En cuanto a la lesividad, debe depender de la

transgresión a derechos fundamentales cuando sobrepasa por los límites de prevención por el exceso del monto de la pena a imponer, es decir, solo una consecuencia probable de la intervención legislativa.

Por lo que, con estos sub-principios se formulan por unanimidad la aparición del principio de proporcionalidad que intenta proteger los derechos fundamentales para que ni el legislador ni los jueces puedan tomar acciones basadas en criterios desproporcionales e inéditos, inaplicables por contar consigo con antinomias que tiendan a contribuir al conflicto de principios sobre la base de una pena inobjetiva y excesiva. He aquí la importancia de conocer a grandes rasgos el principio de proporcionalidad, sin embargo, al realizar una fusión entre el tipo penal contenido en el Artículo 123 de la relacionada ley (Decreto número 15-2009 ley de armas y municiones) y el principio de proporcionalidad ya descrito, surge la idea principal, el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas vs. el principio de proporcionalidad.

d) El delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas vs. El principio de proporcionalidad

Posterior a un análisis jurídico, dogmático y procesal sobre el delito contenido en el Artículo 123 del decreto 15-2009 Ley de Armas y Municiones y el principio de proporcionalidad como principio fundamental que debe observarse al tenor del respeto de los derechos fundamentales de toda persona, surge la interrogante ¿Es proporcional la pena mínima de ocho (8) años y máxima de diez (10) inmutables que contempla el artículo 123 de la relacionada ley referente al delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas?

Primordialmente, el delito relacionado consiste en que el sujeto activo pudiendo ser cualquier persona, por medio de acción o comisión activa en forma positiva porte un arma de fuego de uso civil y/o deportiva o ambas, sin la licencia extendida por la Dirección General de Control de Armas y Municiones. Hay que tomar en cuenta que, la descripción de este ilícito supone que la misma portación debe ir acompañada de la disponibilidad de cuya arma se porte, siendo entonces, irrelevante indicar si el arma de fuego es de uso civil exclusiva o únicamente deportiva, puesto que en cualquiera de los dos casos siempre resulta ser objeto de este delito, tomando en cuenta lo establecido en los Artículos 9 y 11 de la ley de armas y municiones.

Asimismo, para entrar en detalles reglamentarios el Artículo 30 del Acuerdo Gubernativo 85-2011 que regula el Reglamento de la ley de armas y municiones establece los requisitos indispensables para poder portar un arma de fuego en forma legal.

Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia ha establecido en jurisprudencia lo siguiente:

Por tal razón, al tenor de dicha norma el delito se perfecciona con la sola portación sin tener la autorización legal respectiva, de esa manera no requiere entonces que el arma se encuentre en buen estado como lo manifiesta el casacionista, sino en este caso lo

justiciable es poner en peligro la seguridad pública, ya que al ser un delito de peligro abstracto, este se consuma con la sola acción de tener el objeto sin la autorización debida, aunque el arma no estuviera en condiciones de disparar que es justamente lo que acreditó el sentenciante. (CENADOJ, 2013, pág. 325)

Tal situación se torna preocupante, toda vez que, Cámara Penal en la jurisprudencia descrita regula expresamente que, aunque el arma de fuego portada no estuviese en condiciones de disparar, es decir, que la misma no sirva, se consumará dicho delito, entonces en sí, cual sería el fin de poner en peligro a la colectividad, si el arma no es viable para disparar, no cumpliría la finalidad de la peligrosidad concreta.

Que sucedería entonces en el caso en que una persona quien haga efectivo su derecho constitucional de poseer un arma de fuego y que por alguna negligencia del notario al momento de realizar la compraventa específica del arma de fuego, no extienda u otorgue la copia legalizada que permite trasladar al domicilio del comprador del arma y seguidamente elementos de la Policía Nacional Civil al realizarle el alto respectivo consigna el arma y ponen a disposición a dicha persona por un delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivas que tiene una pena mínima de ocho años de prisión y una máxima de diez.

O en el caso, en que una persona vaya conduciendo el vehículo prestado por un amigo, por una emergencia particular y al momento de realizarle el alto por los mismos agentes de la policía nacional civil, le consignan un

arma de fuego que ni siquiera es de dicha persona, y que definitivamente ignoraba que contenía el arma de fuego.

En los dos casos anteriores, pueden tener diversas salidas procesales atendiendo a la plataforma fáctica, jurídica y probatoria, pero suponiendo que los mismos en debate son condenados por el delito ya relacionado a una pena mínima de ocho años de prisión inconvertibles, se analiza lo siguiente: en primer lugar, estas personas no son delincuentes, cada uno tuvo distintas formas de cometer el delito, sin embargo, su efecto inconvertible significa que deberá cumplir su pena de prisión en un centro de privación de libertad para cumplimiento de pena, en donde la mayoría de personas son pertenecientes a maras y al crimen organizado, lastimosamente en la realidad guatemalteca se observa lo que se conoce como la teoría agnóstica de la pena ya que no cumple con los fines rehabilitadores y de readaptación a la sociedad, *contrario sensu*, se vuelven criminales estando dentro del círculo de corrupción y criminalidad ajustando su modo de vida de esa forma.

La teoría agnóstica o negativa de la pena explica por ejemplo que las políticas criminales de aumento de penas, que sufrió Guatemala... no ha surtido su efecto de prevención general negativa, mucho menos positiva, sino por el contrario, ha habido un aumento de la criminalidad...los delincuentes una vez condenados, desde la prisión dirigen el crimen que se realiza fuera de la cárcel. (Girón Palles J. G., Defensa en Ejecución Penal, 2016, pág. 43)

Por lo tanto, atendiendo a que otros delitos tal como el robo agravado, la violencia contra la mujer, estafa, casos especiales de estafa, entre otros delitos, tienen una pena menor a este tipo penal, mismo que al analizarlo es la mera actividad la que se condena, es decir, la propia desobediencia al hecho de portar un arma de fuego sin la autorización debida por la entidad administrativa respectiva, sin causarle daño alguno a ninguna persona.

Por lo que, es determinante la incongruencia de esta figura jurídica con una pena excesiva que es totalmente desproporcional, resultando viable proponer alguna reforma al Congreso de la República modificando al menos su pena mínima a la cantidad de cinco años para poder someterse a un procedimiento abreviado y de esta forma conmutar su pena, para que así tampoco exista otro motivo para saturar la población carcelaria. Vale la pena tomar en cuenta lo siguiente:

En tales casos el Tribunal no debe abstenerse de anular la norma enjuiciada, pues las situaciones de desproporción que se producen como consecuencia pueden ser corregidas bien por el propio legislador o, en su defecto, por el juez ordinario o el Tribunal Constitucional a través de ulteriores cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra las sanciones desproporcionadas por exceso. (Carbonell, y otros, 2008, pág. 287)

Es importante tomar en cuenta lo anterior, puesto que en los centros de cumplimiento de condena puede inclusive iniciarse una carrera criminal causando daños severos en las circunstancias emocionales, personales y familiares del condenado.

Ahora bien, se dice que este delito no atiende al principio de proporcionalidad y la aplicación de esta sanción viola el relacionado principio, tomando en cuenta que es incongruente con los sub-principios que caracterizan la proporcionalidad, ya que, carece de idoneidad, puesto que la exigencia de la conminación penal no es idónea este delito para el fin que se persigue en base a la eficacia preventiva. Cabe mencionar que este delito *per se* no ha cumplido su cometido desde un punto de vista criminológico, político criminal y dogmático, puesto a que el aumento desproporcionado de su pena no ha reducido los índices de comisión de este ilícito, sino al contrario se ha aumentado en un porcentaje determinado.

Se esperó que, con la nueva ley de armas y municiones al aumentar la pena por la conducta prohibida, disminuyeran las muertes violentas que ocurren en Guatemala, y aunque no se presentan estadísticas es un hecho notorio que, además de la penalización de la conducta, y el aumento de las penas esta medida político criminal no ha sido efectiva. Pues la sanción se incrementó diez veces más, inicialmente tenía una pena de 6 meses a 1 años de prisión... y actualmente tiene de 8 a 10 años de prisión, la pena mínima aumento 16 veces que corresponde a 1600%, y la máxima 10 veces equivalente a un 1000%. (Girón Palles, 2017, pág. 69)

Asimismo, no se cumple con el sub-principio de necesidad, ya que, la búsqueda de los métodos alternativos de tipificación que deben reducir el ámbito prohibido y que los mismos deben producir menor lesividad, ya que, en la práctica judicial, el Ministerio Público no toma en cuenta el principio de oportunidad, atendiendo a que el Artículo 25 del código procesal penal regula determinantes posturas para aplicación de esta medida desjudicializadora, por ello y con base a la objetividad que obligatoriamente debe tener dicho ente, debería socializarse dicha medida. Por lo que, valdría la pena la aplicación de medidas desjudicializadoras sobre este tipo penal atendiendo a que, existe una intervención mínima en la comisión del delito, tomando en cuenta que la sociedad no se encuentre gravemente afectada, por lo que, existen diversos hechos que determinan como tal una responsabilidad mínima sin tomar en cuenta la cantidad de años tipificada en la norma sustantiva, para ello, como un análisis político criminal, debería de aplicarse al menos en esta clase de delitos atendiendo a las circunstancias reales del hecho.

Asimismo, al no llenar los sub-principios de idoneidad y necesidad, no puede constituirse una proporcionalidad en sentido estricto atendiendo a su extrema pena sobre el daño aparentemente causado y generado por la acción ilícita, cabe destacar que el grado de afectación no se ve compensado por la pena impuesta como grado de satisfacción, ya que, no existe grado de afectación/satisfacción, peso abstracto ni seguridad dentro de las premisas empíricas que sustentan la argumentación a favor y contra sobre la intervención del sujeto activo.

Por lo tanto y, en conclusión, el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas no cumple los estándares ni requisitos *sine qua non* que exige el principio de proporcionalidad, por ello, debería de tomarse en cuenta la aplicación de una inconstitucionalidad, reforma legislativa o aplicación de medidas desjudicializadoras, por los extremos ya vertidos.

Referencias bibliográficas

- Cabanellas de Torres, G. (2001). Diccionario Jurídico Elemental. Argentina: Heliasta
- Carbonell, M., Alexy, R., Moreso, J. J., Sanchis, L. P., Clerico, L., Villaverde Mendenz, I., . . . Avila Santamaria, R. (Diciembre de 2008). El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito, Quito, Ecuador: V&M Graficas.
- CEANAJ-, C. d. (2019). Decreto Número 15-2009 Ley de Armas y Municiones Comentada y Anotada. Guatemala: Editorial Estudiantil Fenix.
- CENADOJ. (2013). Criterios Jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia. Guatemala, Guatemala, Guatemala.
- Constituyente, A. N. (1985). Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala.
- Diccionario Punto de la Lengua Española. (s.f.). España: Editorial Everest.
- 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.
- Girón Palles, J. (2015). Teoría Jurídica de la pena aplicada al juicio y su ejecución. Guatemala: Centro de impresiones gráficas.
- Girón Palles, J. G. (2016). Defensa en Ejecución Penal. Guatemala: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala
- Roxin, Claus (1997). Derecho Penal Parte General, Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. España: Civitas, S.A.

Referencias Electrónicas

- Yancarelli, L. (s.f.). Los delitos de peligro abstracto y su inconstitucionalidad. Obtenido de Terragnijurista: https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/delitos_peligro.htm
- Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad de Carácter General, Sentencia número 1370-2010 de fecha 06/07/2010, Guatemala: obtenido del Sistema de Consultas de Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad: <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfTextoLibre.aspx>

Leyes Nacionales

- Asamblea Nacional Constituyente. (1985). Constitución Política de la República de Guatemala. 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
- Congreso de la República de Guatemala. (2009) Decreto 15-2009 Ley de Armas y Municiones. Guatemala
- Organismo Ejecutivo (2011) Acuerdo Gubernativo 85-2011 Reglamento de la Ley de Armas y Municiones. Guatemala

Leyes Internacionales

- Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (1969) Convención Americana Sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica.

Revista del
DEFENSOR

Revista del
DEFENSOR

Revista del
DEFENSOR

La defensa penal con pertinencia cultural en la etapa de impugnaciones

Dra. Lesbia Marleny Sis Chén

El proceso penal guatemalteco

El proceso penal en Guatemala se fortaleció con la transición hacia el sistema acusatorio, que responde a concepciones políticas democráticas que tienden al reconocimiento y tutela de las garantías individuales. Este sistema se caracteriza por la separación de las funciones de investigar, juzgar y defender; situación que coloca al imputado en igualdad de derechos con la parte acusadora. El proceso está guiado por principios que garantizan, entre otras cosas, la publicidad de las actuaciones judiciales, lo que también permite el control de la sociedad en la función estatal de justicia.

El Artículo 5 del Código Procesal Penal, regula la tutela judicial efectiva en igualdad de condiciones al establecer que tanto la persona procesada como la víctima o el agraviado, en su calidad de sujetos procesales, tienen derecho a esa tutela; y que el procedimiento, por aplicación del debido proceso, debe responder a las legítimas pretensiones de ambos.

Los fines del proceso penal que establece el Artículo 5 citado, constituyen la finalidad inmediata del proceso penal; la finalidad mediata consiste en el logro del fin supremo de justicia y paz social.

El proceso penal guatemalteco se desarrolla en las etapas siguientes: etapa preparatoria, etapa intermedia, etapa de juicio oral, etapa de impugnaciones y etapa de ejecución.

La etapa de impugnaciones

En esta etapa se promueven los recursos que la ley adjetiva penal faculta para atacar las resoluciones judiciales.

Un recurso es:

El medio impugnativo por el cual la parte que considera agraviada por una resolución judicial que estima injusta o ilegal, la ataca para provocar su eliminación o un nuevo examen de la cuestión resuelta y obtener otro pronunciamiento que le sea favorable. (Clariá, 2008, p. 44)

Los recursos constituyen mecanismos de control de la administración de justicia. Se puede afirmar que:

Los recursos, como medios de impugnación, permiten corregir los errores que se dan en la práctica forense, al tiempo que contribuyen a lograr la recta aplicación del derecho y la justicia en el caso concreto. De esta manera, los recursos previstos en la legislación se constituyen en reales y efectivos mecanismos de control que refuerzan las garantías procesales mínimas dispuestas por la Constitución Política y los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos. (Arce, 1996, p. 697)

El derecho a la doble instancia es fundamental y forma parte de las garantías judiciales necesarias para la vigencia efectiva de los Derechos Humanos. Su finalidad es que antes de ejecutarse un fallo, este pueda someterse a los correctivos necesarios para ser modificado, si fuere procedente, y se ajuste al bloque de constitucionalidad, que en Guatemala ya incorpora los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos; así lo ha

establecido la Corte de Constitucionalidad en el expediente 1822-2011, sentencia de fecha 17 de julio de 2012. En este sentido, conviene citar la Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 8.2., el cual establece de forma expresa el derecho a la doble instancia.

Los medios de impugnación cumplen doble función: por un lado, al estar la justicia administrada por personas, está sujeta a errores y vicios, y los recursos sirven para que estos sean corregidos; y desde el punto de vista de la institucionalidad de la democracia, contribuyen para lograr la recta aplicación del Derecho al caso concreto. (Conejo, 2008, p. 40)

El Código Procesal Penal guatemalteco regula los medios de impugnación siguientes: reposición, apelación, recurso de queja, apelación especial, casación, y revisión. Aunque la ley adjetiva penal regula el recurso de queja en los Artículos del 412 al 414, doctrinariamente se le considera un remedio procesal que procede cuando se deniega la tramitación de un recurso de apelación; y es de naturaleza devolutiva, no suspensiva.

La impugnación con pertinencia cultural

Los derechos de los pueblos indígenas se deben observar en el proceso penal, pero cuando las decisiones judiciales no tutelan esos derechos, de acuerdo con el marco legal vigente y el bloque de constitucionalidad, es procedente impugnar o atacar esas resoluciones judiciales para provocar de manera inmediata un nuevo examen de la cuestión, y luego, su eliminación o modificación por otro pronunciamiento que tome en consideración los elementos culturales del caso concreto y brinde tutela judicial efectiva a los pueblos indígenas o personas indígenas involucradas.

En este tema es importante recordar que Guatemala es un país con diversidad geográfica, ambiental, cultural y lingüística. Según datos oficiales, al menos el 43% de la población es indígena. (Instituto Nacional de Estadística, 2019)

Respecto al acceso de los pueblos indígenas a la justicia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado:

Para los pueblos indígenas persiste una serie de factores que influyen en la posibilidad real de acceder al sistema de justicia ordinaria; entre esos factores se encuentran las grandes barreras geográficas, económicas y culturales. Estas dificultades se agravan por sus niveles de marginalidad y la falta de aplicación de políticas interculturales de justicia. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015)

El acceso a la justicia para los pueblos indígenas conduce a reflexionar sobre los valores, principios y normas que deben ser tomados en consideración por las instituciones estatales encargadas de administrar justicia, y presenta las vertientes siguientes:

- a) El derecho a acudir o ser juzgado en la jurisdicción indígena; y
- b) El derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales del sistema oficial u ordinario. Esto comprende a su vez:
 - El derecho de comunicarse en su propio idioma ante los tribunales estatales y, por consiguiente, la posibilidad de acceder al servicio por medio de funcionarios y empleados públicos que hablen el

idioma indígena, o bien, contar con los servicios de traductores o intérpretes;

- El derecho a que las diligencias de investigación y judiciales se realicen en el propio idioma.
- El derecho a una defensa con pertinencia cultural.
- Asimismo, implica:

El derecho a que sus características y especificidades culturales sean debidamente tomadas en cuenta dentro de los juicios en que son parte las personas y colectividades indígenas, lo que demanda el uso de pericias antropológicas o culturales, contar con el testimonio de ancianos y otras personas de la comunidad para comprender la normatividad interna (Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2012, p. 66)

La denominación “pertinencia cultural” refiere que el abordaje de un conflicto o un caso incorporará los elementos culturales en él contenidos. De acuerdo con el *Glosario sobre la diversidad étnica y cultural de Guatemala* (Consejo Nacional para el Cumplimiento de los Acuerdos de Paz, Secretaría de la Paz y Fundación Cholsamaj, 2010, pág. 121), la pertinencia significa adecuación, concordancia, congruencia con algo hecho a propósito. Significa que la contratación que realizan las instituciones públicas y el servicio o el bien que ofrecen debe responder a la cultura e idioma de los beneficiarios. Según el Instituto de la Defensa Pública Penal, la pertinencia cultural debe tomar en cuenta los siguientes elementos:

Si el problema ya fue atendido según los procedimientos del Derecho indígena; las prácticas culturales de quien pudo incurrir en la comisión

de ciertos hechos y la incompatibilidad o contradicción de la prohibición contenida en la norma penal con la tradición o cultura del procesado, protegidas por la Constitución, o bien, el concurso o conflicto de la norma penal con una norma de la comunidad; si en tribunales se le han respetado las garantías procesales generales y las específicas por su condición de indígena (Instituto de la Defensa Pública Penal, 2008, p. 9)

Estos elementos se relacionan con la obligatoriedad de tomar en cuenta las tradiciones, costumbres, prácticas, cosmovisión y sistemas jurídicos indígenas del lugar de procedencia u origen de la persona.

A continuación, se estudiará un caso penal en etapa de impugnaciones, en el que se ejerció la defensa con pertinencia cultural. De su estudio se desprenderá elementos importantes a tomar en consideración al promover medios de impugnación con este enfoque.

Caso matrimonio Maya Q'eqchi'

El caso se ventiló en el expediente 16004-2014-00456, Sala Sexta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Cobán, Alta Verapaz. En primera instancia el procesado fue condenado por el delito de violación y se le impuso la pena de ocho años de prisión incommutables.

Los hechos que el juez unipersonal de sentencia tuvo por acreditados son los siguientes:

“a) Que (...), desde el veinticuatro de junio del año dos mil diez convive maridablemente con (...), quien en ese entonces tenía trece años de

edad, y a partir de esa fecha tuvo acceso carnal vía vaginal con ella en su residencia ubicada en (...) del municipio de San Pedro Carchá, Alta Verapaz”.¹⁶

En contra de la sentencia de condena se promovió recurso de apelación especial por motivo de forma y motivo de fondo. Se argumentó tres submotivos de forma y dos submotivos de fondo.

La Sala de Apelaciones que conoció el caso, declaró que acoge el primer submotivo de forma denominado: “Inobservancia del Artículo 385 del Código Procesal Penal vinculado al Artículo 5 del mismo cuerpo legal, ambos en consonancia con los Artículos 57, 58 y 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala y los Artículos: 8 numerales 1 y 9 numeral 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Específicamente se argumentó que el juez unipersonal de sentencia inobservó el principio de razón suficiente, de la regla de derivación, propia de la lógica, al realizar la valoración de la prueba con valor decisivo para emitir la sentencia condenatoria en contra del procesado. El principio de razón suficiente consiste en:

Que todo razonamiento para ser verdadero, deba estar conformado por deducciones razonables a partir de la prueba producida en juicio, así como de las sucesivas conclusiones que sobre la base de ellas se vayan

¹⁶ Los datos de identificación del procesado y la presunta agraviada se omiten para proteger la identidad de la presunta agraviada y en virtud de que la sentencia de la Sala de Apelaciones se discute en recurso de casación.

estableciendo, utilizando para ello los principios de la experiencia y la psicología. (Instituto de la Defensa Pública Penal, 2006, p.78)

También se argumentó que esa vulneración se relaciona con el Artículo 5 del Código Procesal Penal puesto que no se cumplió con el fin del proceso penal consistente en establecer las circunstancias en que sucedió el hecho; y se omitió brindar al procesado la tutela judicial efectiva que este artículo le garantiza al no haberse tomado en consideración su teoría del caso al analizar la prueba. Además, se efectuó control de convencionalidad respecto a la decisión judicial de condena.

Los argumentos jurídicos utilizados para acreditar que se debió brindar pertinencia cultural al caso son los siguientes:

Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, refieren en la regla 9 que las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Por lo que, establece que se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante el sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígena. Para ello, los poderes judiciales deben asegurarse que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales.

De acuerdo con lo anterior, se debe garantizar el libre acceso a tribunales estipulado en el Artículo 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala, con pertinencia cultural, es decir, tomando en consideración las costumbres, tradiciones, prácticas y valores culturales que el caso presenta, así como la identidad de las partes involucradas y su cosmovisión.

La Constitución Política de la República de Guatemala regula a partir del título II lo relacionado a Derechos Humanos; en el capítulo II de ese apartado, derechos sociales, dentro de los cuales se encuentran el derecho a la cultura y la identidad cultural (Artículos 57 y 58). La cultura es el modo de vida de cualquier sociedad humana particular, que se manifiesta en sus hábitos de acción y de pensamiento, (Intituto Interamericano de Derechos Humanos, 2014, p. 16) esto incorpora los conocimientos, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres, hábitos y aptitudes adquiridos por los seres humanos en su condición de miembros de la sociedad. La identidad cultural, por su parte, se considera el sentimiento de pertenencia cultural, de cosmovisión, espiritualidad y valores compartidos aparte del idioma, territorio común, historia y pertenencia étnica. Según este derecho, se debe respetar al individuo dentro de la comunidad y a la comunidad como la organización social y referencia cultural de sus miembros. (Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala, 2005) Para el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, es derecho y decisión de las personas individuales y de los pueblos, definir su pertenencia étnica y no es una prerrogativa del Estado por medio de los órganos jurisdiccionales. (Intituto Interamericano de Derechos Humanos, 2014, p. 18). Aunado a lo anterior, en el

Artículo 66, la Constitución reconoce, respeta y promueve la identidad cultural, las costumbres y tradiciones de los grupos étnicos que habitan el país.

El Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, ratificado por el Estado de Guatemala, el 5 de junio de 1996 y entró en vigencia un año más tarde, establece que son considerados como indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. El Artículo 8 numeral 1 establece que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario; el Artículo 9 numeral 2, establece que las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

También se debió cumplir con otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de pueblos indígenas en los que el Estado de Guatemala ha mostrado su voluntad política de respetar y promover, por ejemplo, la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, que en sus Artículos 1, 2, 5, 9 y 34 establecen la obligación de tomar en cuenta las costumbres, tradiciones, prácticas y valores de los pueblos indígenas.

Por su parte, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, establece en el Artículo XVII el deber de los Estados de reconocer, respetar y proteger las formas de unión matrimonial de los pueblos indígenas.

La argumentación jurídica anterior se vinculó con que, en el caso concreto, la identidad cultural del procesado y su familia se estableció por la concurrencia de los elementos identitarios siguientes:

- a) La autoidentificación.
- b) El idioma: Como consta en el acta de debate, se expresaron en el idioma maya Q'eqchi', por lo que fueron auxiliados por el intérprete del Tribunal de Sentencia;
- c) El territorio indígena donde viven: Según consta en la sentencia, tanto el procesado como su familia, viven en una aldea poblada en su mayoría por personas indígenas maya Q'eqchi', extremo que por el contexto donde ejercen su labor, deben conocer las autoridades judiciales; pero que, además, se puede corroborar con el Plan de Desarrollo del municipio de San Pedro Carchá, Alta Verapaz, correspondiente al período 2011-2025, de la Secretaría de Planificación y Programación de la Presidencia.
- d) La indumentaria maya: Aunque el procesado no viste indumentaria maya, su esposa sí utiliza indumentaria maya propia de las mujeres indígenas Maya Q'eqchi'.

También se indicó que el juez unipersonal de sentencia debió considerar que la tesis de la defensa se basó en que los hechos se dieron dentro de un matrimonio celebrado conforme a la cultura indígena Maya Q'eqchi'

del lugar donde viven el procesado y su esposa. Estos elementos debieron guiarle para analizar los hechos y los medios de prueba con pertinencia cultural, que implica el análisis y estudio desde la perspectiva de la cultura donde sucedieron los hechos.

En cuanto a los argumentos centrales del vicio *in procedendo*, se argumentó que se incurrió en vulneración al principio de razón suficiente al valorar la prueba siguiente:

1. La prueba pericial consistente en: a) la declaración de la perita y b) su dictamen referente a un peritaje cultural

Se indicó que el juez unipersonal de sentencia efectuó razonamientos incongruentes respecto de lo que esta prueba produjo; la prueba aportó información sobre el contexto indígena en el que el hecho sucedió, las prácticas y costumbres culturales presentes en el hecho y la cosmovisión de las partes involucradas. Esta información debió ser tomada en consideración puesto que, el establecimiento de las circunstancias en que el hecho sucedió es uno de los fines del proceso penal, además, la defensa basó su teoría del caso en que el hecho sucedió dentro de un matrimonio celebrado conforme la cultura indígena Maya Q'eqchi' del procesado y su esposa.

Entonces, al valorar estos medios de prueba, atendiendo al principio de razón suficiente, se debió tomar en consideración toda la información que esta prueba produjo y se debió efectuar un análisis integral de ella; el juzgador no debió limitarse a efectuar un análisis parcial que luego lo llevó a desechar estos medios de prueba otorgándoles valor probatorio negativo

basado en argumentos arbitrarios y que evidencian un rigorismo excesivo, además discriminatorios, al demeritar las circunstancias y el contexto en que sucedió, muestra de ello es que, al otorgarles valor probatorio negativo el juez *a quo* expresó: "...a la declaración y dictamen respectivo, no se les otorga valor probatorio, por considerar (...) que se realizaron únicamente con el objeto de configurar la conducta del procesado dentro de lo que se denomina "tradición indígena".

El juzgador debió observar que la prueba pericial es idónea, útil y acredita de forma contundente las circunstancias del contexto cultural en que sucedieron los hechos, y que cuando sucedió el procesado desconocía que casarse con una mujer de trece años de edad es prohibido porque no tuvo acceso a conocer las leyes del sistema jurídico ordinario que lo prohíben, y porque según su cultura nos es prohibido casarse a esa edad.

2. La declaración testimonial de la Trabajadora Social del Ministerio Público y su informe socioeconómico

Se argumentó que al valorar estos medios de prueba se expresaron razonamientos que no guardan nexo lógico con la relevancia de cada medio de prueba. El juzgador afirma que la trabajadora social recabó en su visita domiciliar, información contradictoria con las deposiciones brindadas en el debate por parte de la agraviada y su progenitora, en las que expresaron que el procesado cumplió con el rito indígena de pedida de mano; enfatizó que según la declaración de la trabajadora social y el informe socioeconómico, no se acredita que hubiere ocurrido ese rito indígena, por lo que concluyó en otorgarles valor probatorio positivo

a estos medios de prueba bajo el argumento de que son útiles para la averiguación de la verdad.

La argumentación del juzgador es ilógica puesto que la declaración de la trabajadora social y la prueba documental relacionada constituyeron prueba referencial, en cambio la declaración testimonial de la esposa del procesado (presunta víctima) y su progenitora debió considerarse prueba reina, por el carácter fundamental que ostenta para la averiguación de la verdad. Además, el juzgador debió considerar que la declaración testimonial de la trabajadora social y su informe socioeconómico, no tuvieron como objeto esclarecer la veracidad de los hechos sometidos a juicio, sino únicamente establecer la situación económica y social de la presunta agraviada.

3. Las declaraciones testimoniales de la esposa del procesado (presunta agraviada) y su progenitora

Se argumentó que, a pesar de que el juzgador les confirió valor probatorio positivo a estas declaraciones testimoniales, no realizó un análisis y valoración completa e integral de lo que estas declaraciones testimoniales produjeron, su razonamiento es aislado, incompleto y tomando únicamente en consideración la tesis del Ministerio Público.

Estas declaraciones testimoniales produjeron información sobre el contexto indígena en el que el hecho sucedió, las prácticas y costumbres culturales presentes en el hecho y la cosmovisión de las partes involucradas, también informaron la circunstancia de que, tanto el procesado como su esposa

y su suegra desconocían que contraer matrimonio, y consecuentemente, sostener relaciones sexuales con una mujer de trece años de edad es prohibido, porque cuando sucedió el hecho no tuvieron acceso a conocer las leyes del sistema jurídico ordinario que lo prohíben y porque según su cultura es costumbre casarse a esa edad.

La información que esta prueba produjo debió ser tomada en consideración por juzgador *a quo* en su razonamiento; pero, al conferirle valor probatorio positivo a estas declaraciones, demeritó gran parte de la información que estas pruebas produjeron, tomando de ellas únicamente la parte que sustenta la tesis del Ministerio Público y omitió la información referente a las circunstancias en que el hecho sucedió; incluso expresó que aunque la esposa del procesado (presunta víctima) indicó que contrajeron matrimonio cumpliendo con los ritos del matrimonio indígena, esto no quedó debidamente acreditado en el debate, restándole así verosimilitud a esa declaración testimonial sin considerar que ella constituye un medio de prueba fundamental en este tipo casos (violación) para el esclarecimiento del hecho, tal como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias emitidas en casos como Fernández Ortega y otros vs. México y Rosendo Cantú y otra vs. México.

Se incurrió en vulneración al principio de razón suficiente porque, aunque el juzgador confirió valor probatorio positivo a las declaraciones testimoniales referidas, en la forma en la que valoró positivamente esas pruebas incurre en el vicio argumentado, puesto que no estructuró un hilo conductor lógico en cuanto a su apreciación negativa de la prueba y su conclusión de otorgarle valor probatorio positivo.

Finalmente, se expuso que el agravio que se causa con la sentencia recurrida es que al haber efectuado un análisis incompleto e incongruente respecto de lo que la prueba citada produjo, excluyendo la información referente al contexto en que el hecho sucedió y que guarda relación con la teoría del caso del procesado, se vulneró su derecho de acceder a un sistema de justicia que tome en cuenta los valores, costumbres, prácticas y la cosmovisión inmersa en el hecho por el que se le acusó, es decir, se le negó el acceso a la justicia con pertinencia cultural.

El juez *a quo* analizó y valoró los medios de prueba referidos desde una perspectiva etnocentrista del sistema jurídico ordinario y no desde la perspectiva cultural donde ocurrieron los hechos, lo cual le causa agravio al procesado porque esos elementos que omitió tomar en cuenta en su valoración son relevantes y debieron incidir en la averiguación de la verdad. Pero, al haber incurrido en el vicio argumentado se le coloca al procesado en situación de desventaja y desigualdad, incluso discriminación, puesto que en su juzgamiento ante el sistema jurídico ordinario se le brindó el mismo trato que el de una persona no indígena, al no respetar su derecho a la diferencia cultural. La igualdad material no implica una igualdad de trato uniforme por parte del Estado, sino más bien, un trato igual en situaciones idénticas, pero diferente entre otras situaciones; consiste en eliminar todo factor que genere trato jurídico desigual, aspecto que implica asumir acciones afirmativas para brindar trato equitativo; lo que significa que se debió tomar en consideración las diferencias culturales del procesado a fin de evitar injusticias.

Al resolver, la Sala de Apelaciones declaró que acoge el recurso de apelación especial por motivo de forma, por el primer submotivo invocado y confirmó los argumentos expresados en el recurso de apelación especial. Se cita a continuación los razonamientos que expresó respecto a la prueba citada:

a) Respecto a la prueba pericial, la Sala de Apelaciones expresó:

“... se advierte que los razonamientos no guardan correlación ni concordancia que permitan comprender un análisis con pertinencia cultural y de ahí obtener conclusiones sobre si realmente o no la pericia y la declaración de la perito revelaban el contexto cultural en que ocurren los hechos acaecidos y con ello tomar una decisión judicial diferente a la que arribó. Entonces esta Sala aprecia la vulneración del principio de razón suficiente, porque no obstante efectuó el análisis y valoración no se advierte una justificación suficiente para arribar a tal conclusión, (...) es decir no hilvana sus razonamientos a partir de lo que la perito declaró y plasmó en su peritaje. Soslayó la esencia de la información que le pudo aportar deducciones razonables que exige el principio de razón suficiente, para asentar juicios de valor coherentes encaminados determinar si con esta prueba realmente se acreditaba la tesis que postuló la defensa, en cuanto al contexto cultural indígena en que ocurrieron los hechos acusados, pues en la forma en que apreció la prueba se establece que lo hizo desde la posición oficial estatal, dejando de atender los verdaderos postulados del Artículo 5 del Código Procesal Penal, en cuanto a la averiguación objetiva e imparcial de la verdad”.

b) Respecto a las declaraciones testimoniales de la esposa del procesado (presunta agraviada) y su progenitora, la Sala de Apelaciones expresó:

“En lo toral de ambas declaraciones se aprecia la forma que tanto la presunta víctima como su victimario iniciaron la convivencia que actualmente tienen; sin embargo, esa decisión valorativa no está suficientemente justificada porque no refleja lo que narraron durante el debate, es decir que la conclusión no tiene un camino lógico porque no efectuó el análisis ni la valoración completa, en aplicación de la sana crítica razonada respecto a explicar que tal unión se produjo cumpliendo la ritualidad del matrimonio indígena, (...) dejó de apreciar a la luz de la experiencia, el sentido común y sobre todo del principio de razón suficiente el real contenido de la prueba directa (...) soslayando la información esencial en cuanto a que la convivencia que mantienen los actores principales de este juicio se pudiera enmarcar en las tradiciones y costumbres de la comunidad Maya Q’eqhí”.

c) Respecto a la declaración testimonial de la Trabajadora Social del Ministerio Público y su informe socioeconómico, la Sala de Apelaciones expresó:

“...se dedicó a extraer pasajes de los antecedentes del informe socioeconómico y del informe de investigación que realizó la Policía Nacional Civil, soslayando la declaración de la presunta agraviada”.

Otro aspecto relevante de la sentencia, es que la Sala de Apelaciones cita el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, en sentencia de fecha veintiséis de julio de dos mil trece dentro del expediente de casación número 1004-2013-613, en el que expresa que

el perito no puede ser a la vez testigo, por lo que debe desecharse del dictamen todo aquello que constituya testimonio sobre el hecho sometido a juicio. Con base en ello, la Sala de Apelaciones expresó que, en el caso concreto, del estudio socioeconómico debió considerarse el contenido del mismo, no los aspectos referenciales relacionados con el hecho.

De la experiencia en la defensa de este caso en la etapa de impugnaciones se evidenciaron aspectos que los abogados defensores debemos tomar en consideración durante la etapa intermedia y el debate, a fin de propiciar que la plataforma fáctica y probatoria sustente la teoría del caso de la defensa, con pertinencia cultural. Entre ellos, se cita los siguientes:

- El Artículo 336 del Código Procesal Penal regula las actitudes del acusado en la etapa intermedia; una de las actitudes consiste en señalar los vicios formales en que incurre el escrito de acusación, requiriendo su corrección. Cuando se trata de casos con pertinencia cultural, es evidente que la defensa del caso será activa puesto que se maneja una teoría del caso; entonces, si el hecho contenido en la acusación no describe las circunstancias culturales en que el hecho ocurrió, es importante que el defensor solicite que esas circunstancias formen parte del hecho sometido a juicio y requiera la corrección de la acusación en ese sentido. Esto, además de sujetar al juzgador a verificar si la prueba acredita las circunstancias culturales en que ocurrió el hecho, permite que, si la sentencia no es favorable, pero se tienen por acreditadas las circunstancias culturales en que el hecho ocurrió, pueda promoverse con mayor fundamento un recurso de apelación especial por motivo de fondo.

- Durante el debate es importante que, al diligenciar la prueba, se asegure de concatenar la prueba pericial, testimonial y documental a fin de reforzar su teoría del caso. Por ejemplo, a los testigos citados en el peritaje cultural (presunta agraviada, familiares del procesado y de la presunta víctima, autoridades indígenas, etc.), se les examine sobre el contexto cultural en que el hecho ocurrió; sobre los detalles del matrimonio indígena realizado; que expresen si se trata de una práctica constante en su comunidad e informen sobre el desconocimiento del procesado, su esposa y sus familiares, incluso de la comunidad, respecto a la prohibición establecida en el sistema jurídico ordinario, de contraer matrimonio con una mujer de trece años.

Estos elementos son importantes puesto que incidirán en el intelecto del juzgador y se le proporcionará fundamento fáctico y probatorio para dictar una sentencia favorable.

- Es importante también que cuando el procesado ejerza su defensa material, exprese su autoidentificación y brinde información respecto a los demás puntos indicados en el apartado anterior. Esto contribuye, en la etapa de impugnaciones, a que en el examen de la sentencia se verifique si los razonamientos judiciales cumplen con incorporar en su análisis los elementos identitarios expresados por la defensa.

Referencias bibliográficas

- Arce, J. (1996). *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. San José: Mundo Gráfico, S.A.
- Clariá, J. (2008). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Argentina: Rubinzal-Culzoni .
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Situación de Derechos Humanos en Guatemala: Diversidad, desigualdad y exclusión*. Guatemala.
- Conejo, M. (2008). *Medios de Impugnación y Defensa Penal*. San José: s.e.
- Consejo Nacional para el Cumplimiento de los Acuerdos de Paz, Secretaría de la Paz y Fundación Cholsamaj. (2010). *Glosario sobre la diversidad étnica y cultural de Guatemala*. Guatemala: Cholsamaj.
- Fundación Konrad Adenauer Stiftung. (2012). *Elementos y Técnicas de Pluralismo Jurídico, Manual para Operadores de Justicia*. México.
- Instituto de la Defensa Pública Penal. (2006). *Medios de Impugnación*. Guatemala: s.e.
- Instituto de la Defensa Pública Penal. (2008). *Guía Pedagógica para el Abordaje de Casos con Pertinencia Cultural*. Guatemala: s.e.
- Instituto Nacional de Estadística. (2019). *Resultados del censo 2018*. Recuperado el 24 de febrero de 2022, de <https://www.censopoblacion.gt/explorador>
- Intituto Interamericano de Derechos Humanos. (2014). *Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional*. Guatemala: IIDH.

- Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala. (2005). *Guía para la aplicación judicial: Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Convenio 169 de la OIT*. Recuperado el 2022 de febrero de 21, de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2009/6903.pdf>

Revista del
DEFENSOR

Revista del
DEFENSOR

Revista del
DEFENSOR

La importancia del alegato de apertura en el debate

Revista del
DEFENSOR

Revista del
DEFENSOR

Licda. Sheyla Elizabeth García Morales

En el presente Artículo, se abordará el concepto de alegato de apertura, así como quienes son las partes obligadas a vertirlos, sus características, ventajas y posibles obstáculos que se presentan por las partes obligadas, con un poco más de énfasis desde la perspectiva de la Defensa Técnica, esto con el objetivo de establecer cuál debe ser la postura adecuada que deben adoptar al momento de argumentar sobre la tesis de defensa a ser desarrollada en el juicio.

Para ello, como primer punto, se debe tener claro que debemos entender por alegar, para tal efecto, es preciso remitirse a lo que expone la Real Academia Española (RAE), alegar, según la Real Academia Española, es exponer argumentos y razones que sirven para demostrar una cosa que se dice o para defender algo que se ha hecho; esta definición nos da un trasfondo que nos permite comprender mejor el concepto en cuestión. En esa línea de idea, el Diccionario Jurídico Espasa, al abordar el significado de Alegaciones, indica, que se refiere a la Exposición de razonamientos que se hacen en un proceso por las partes que en él actúan. Es importante poner atención a los verbos que componen esta definición ya que servirá para comprender que debe entenderse por alegato. Cuando nos referimos a dar un alegato debemos exponer argumentos o razones que demuestren lo que decimos, es decir que a través de un alegato debemos transmitir en un lenguaje entendible y comprensible lo que queremos decir; y debemos realizarlo de acuerdo al público que nos escucha para que el público al que se dirige el alegato pueda comprender lo que queremos decir.

Puede sostenerse entonces, que alegato, es un término cuya raíz etimológica se encuentra en un vocablo de la lengua latina denominado *allegatus*. En resumen, un alegato no es más que una alocución, una exposición que se pronuncia en contra o a favor de una persona o de alguien; en el ámbito judicial, de acuerdo al diccionario de la real academia española (RAE) se denomina Alegato; a la presentación que realiza un abogado para fundamentar el derecho que tiene la parte que defiende y para refutar las razones esgrimidas por la otra parte.

Tomando en cuenta que el “Alegato de apertura” como parte del desarrollo del debate oral y público; fue incluido en nuestra legislación procesal penal en el año 2011 según reforma del Artículo 368 del código procesal penal de Guatemala a través del Artículo 10, del Decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala, es importante considerar y analizar cuál es el objeto de esta figura procesal y cuál es la mejor forma de abordar un alegato de apertura; ya que es una fase obligatoria para la parte acusadora y para la Defensa Técnica dentro del desarrollo del debate oral y público. Nuestra legislación introdujo el alegato de apertura considerando que debe de realizarse al inicio del debate por ser la oportunidad para que las partes procesales con intereses antagónicos o contrapuestos, expongan lo que estimen pertinente para orientar sobre sus pretensiones procesales.

Es preciso indicar que la norma citada previamente, limita la presentación de alegatos de apertura a la parte acusadora y a la defensa. En lo que respecta a la parte acusadora, es evidente que se refiere al Ministerio Público en los casos que, por disposición de la Ley, se encuentra legitimado para ejercer la acción penal pública y, en los delitos de acción privada,

la ley considera parte acusadora al querellante exclusivo para actuar en todos los procedimientos por delitos de acción privada o en los casos que proceda legalmente y se haya realizado la conversión de la acción. En la práctica, de manera acertada, se ha aceptado que también el querellante adhesivo, haga uso de ese derecho de presentar su alegato de apertura, esto en atención al derecho de igualdad que asiste a todo sujeto procesal.

El querellante adhesivo, en consonancia con las facultades que le concede la ley, puede provocar la acción penal o bien adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público y, por ende, su alegato de apertura, también estará orientado a sostener una pretensión similar a la planteada por el Ministerio Público en la acusación. Ahora bien, cuando la ley refiere que se le concederá la palabra a la defensa, debe entenderse que hace alusión a la defensa técnica, la cual puede estar siendo ejercida por un abogado particular o un abogado defensor público, en todo caso, es importante resaltar que el alegato de la defensa, estará orientado a la efectiva defensa de los derechos fundamentales del acusado, en especial atención al derecho de defensa.

Habiendo introducido de manera general lo que conlleva el alegato de apertura, conviene ahora, establecer un concepto que permita tener una base contextual sólida de dicha institución, para luego establecer algunos puntos que deben ser tomados en cuenta por el abogado litigante al momento de pronunciar sus alegatos de apertura en un debate oral y público.

Alegato de apertura

La legislación adjetiva penal de Guatemala no brinda una definición legal de lo que debemos comprender como alegato de apertura, se centra en establecer el derecho de las partes a hacer uso del mismo. Se considera acertada la regulación de este instituto procesal, que se realiza en el Código Nacional de Procedimientos Penales de México, en su Artículo 394 que brinda elementos de vital importancia para la comprensión de los fines y los alcances del alegato de apertura. Para el efecto, se transcribe el aludido artículo: “una vez abierto el debate, el juzgador que presida la audiencia de juicio concederá la palabra al Ministerio Público para que exponga de manera concreta y oral la acusación y una descripción sumaria de las pruebas que utilizará para demostrarla. Acto seguido se concederá la palabra al asesor jurídico de la víctima u ofendido, si lo hubiere, para los mismos efectos. Posteriormente se ofrecerá la palabra al defensor, quien podrá expresar lo que al interés de imputado convenga en forma concreta y oral”.

Puede concluirse entonces, que el alegato de apertura, es la primera oportunidad que tienen las partes para exponer ante el tribunal, de manera clara y concreta, la tesis que han formulado del caso, así como los elementos básicos con que cuentan para demostrarla.

Particularmente y en términos generales, considero que el Alegato de apertura es una fase dentro del desarrollo del debate en el cual cada parte procesal tiene la oportunidad de dar a conocer de lo que está convencido de poder demostrar en juicio. En concreto y para nuestro interés debemos entender que la parte acusadora y la defensa técnica debe indicar de una

forma clara y concreta la tesis que pretende demostrar en el desarrollo del juicio; es decir que el alegato debe contener un resumen de lo que cada parte procesal quiere que el juez se convenza al finalizar el juicio, por ello es que el argumento vertido como alegato de apertura debe ser claro, concreto y fundamentado en la prueba que se desarrollará en juicio.

Algunos autores, entre ellos Bodes Torres, Jorge, en su obra *El juicio oral en Cuba*, los denomina conclusiones provisionales del Fiscal y de la Defensa, y resalta que es el momento en que el ente acusador, hace un relato de los hechos y la calificación del delito y sus circunstancias y la defensa en su caso, hace un relato de su inconformidad con la acusación. (Bodes, 2007).

A continuación, merece la pena, establecer los puntos esenciales que debe tomar en cuenta el abogado defensor, al momento de presentar un alegato de apertura.

- El alegato de apertura no debe ser considerado como un argumento opcional para la parte acusadora, ni para la defensa del acusado; es más bien una fase obligatoria en la cual las partes deben de indicar en un lenguaje técnico y jurídico cual es su postura frente a la acción penal que ejerce el Ministerio Público para destruir el estado de inocencia del acusado.
- El alegato de apertura debe ser considerado como la mejor oportunidad para dar a conocer concretamente lo que cada parte considera como su tesis a demostrar, en el caso del defensor, es importante que resalte las razones por las que considera no debe atenderse a las pretensiones

punitivas, enfatizando desde ese momento, las falencias de la acusación y los aspectos legales por los que una vez agotado el juicio, se debe concluir en la ausencia de responsabilidad del acusado.

- Es necesario que el defensor, identifique cuáles serán los elementos sustanciales que dan soporte a su tesis, pues estos elementos son los que sostendrá durante el juicio y que serán ampliados y fortalecidos en los alegatos finales y sus peticiones. Ello significa que el alegato de apertura, debe tener total congruencia con las conclusiones, para lo cual, es preciso que el defensor, conozca plenamente cada detalle del caso y no improvise, pues desde el alegato de apertura, fija la atención del Tribunal y crea en este un grado de convencimiento, que puede irse fortaleciendo en el desarrollo del juicio, o bien, si el mismo no es sostenido y defendido por el Defensor, el Tribunal se ira apartando de la tesis de Defensa.
- El alegato de apertura no debe ser extenso, sino por el contrario, debe fijar al menos puntos específicos, que contribuyan a que el Tribunal al analizar el caso, concluya en la comprobación de la tesis de defensa. En este sentido, el defensor, debe tener claro, cuál es su pretensión conforme la tesis que se ha formulado, pues no es lo mismo una tesis orientada a obtener la absolució, que una tesis orientada a obtener una sentencia mínima conforme al rango legalmente establecido, para ello, es preciso que el defensor, cuente con una estrategia plenamente definida y sustentada con medios de prueba legalmente admitidos; los cuales podrían ser de cargo o de descargo.
- A manera de ejemplo, podría señalarse los siguiente. Si la tesis es que al acusado no es responsable penalmente, por existir eximentes de responsabilidad penal, en el alegato de apertura, el defensor debe

ser enfático en señalar esas eximentes de responsabilidad penal y resaltar los elementos con los que se demostrará en el juicio esas circunstancias que demuestran que no será posible reprochar y/o probar la responsabilidad penal de acusado.

- En el alegato de apertura, el defensor debe aplicar no solo la legislación penal, procesal o leyes especiales que tengan relación con su tesis de defensa que aborde dentro del alegato de apertura, sino también debe darle el enfoque pertinente, en atención a cada hecho imputado y/o a cada caso en particular; es decir, si el caso tiene una orientación hacia una de las facetas de la justicia especializada, el alegato debe estar acorde a estas temáticas. Ejemplo, perspectiva de género y/o violencia contra la mujer, justicia para grupos vulnerables, entre otros.
- El alegato de apertura no debe enfocarse en atacar a los otros sujetos procesales, ni a la contra parte, ni al Tribunal, tampoco deben ir orientados a demeritar la labor de los órganos jurisdiccionales que han tenido conocimiento del caso, debe enfocarse en cambio en resaltar los puntos que fortalecen la tesis de defensa y la manera en que se demostrarán durante el juicio.

Debemos tomar en cuenta que el alegato de apertura debe ser técnico – jurídico; por lo que cada una de las partes procesales obligadas dentro del debate debe de tener pleno conocimiento que el fin del proceso penal; es la averiguación del hecho que ha sido considerado como delito, las circunstancias en las que se pudo haber cometido y sobre todo demostrar si el acusado participó en la comisión de ese hecho que se le acusa y si el mismo se realizó con circunstancias que se describen en la acusación; por lo que es de suma importancia que cada parte procesal obligada a

pronunciar un alegato de apertura pueda enfocar el alegato al rol que le corresponde; es decir la parte acusadora debe enfocarse a acreditar la acusación planteada acorde a los fines del proceso penal y la parte defensora debe de sostener una tesis de defensa a favor del sindicado acorde a lo que pretende demostrar en el juicio.

Esta introducción nos da un panorama claro de los aspectos en que debe enfocarse un alegato de apertura por lo que quiero resaltar algunos aspectos generales en los que considero debe enfocarse la defensa técnica al momento de pronunciar su alegato de apertura:

- El argumento debe ir enfocado a la inexistencia de un hecho considerado como delito o falta.
- En caso, no sea viable sostener la inexistencia de un hecho, debe evaluarse un alegato, enfocado a sostener que las circunstancias en que fue cometido no son las que se sostienen en la acusación
- Que no existe participación de parte del acusado y por ende al no estar demostrada la misma, no existe responsabilidad penal.
- Necesidad de un pronunciamiento de sentencia de carácter absolutorio.
- Puede enfocar el alegato en una calificación distinta a la propuesta por la parte acusadora y que sea más beneficiosa para el acusado.
- De no ser viable una tesis de defensa de carácter absolutorio la defensa puede referirse a una pena mínima con beneficios para el sindicado cuando aplique a ellos.

Características del alegato de apertura:

En su obra *La construcción de los interrogatorios desde la teoría del caso*, Hesbert Benavente Chorres, al abordar el tema de los alegatos de apertura, inicia resaltando que estos no tienen efectos probatorios, pero identifica cuales son los fines que esta clase de alegatos persigue.

Una vez instalada la audiencia, el órgano jurisdiccional dará el uso de la palabra al representante del Ministerio Público a fin que exponga, resumidamente, los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas. Posteriormente, al asesor jurídico de la víctima u ofendido, quien expondrá concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente, el defensor quien podrá exponer brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas. (Benavente C.p,35)

Tomando en cuenta que las características son aquellas que describen algo o alguien; considero que las características que debe contener un alegato de apertura son las siguientes:

- El alegato de apertura debe ser claro: al indicar que debe ser claro nos referimos a que debe comprenderse con palabras sencillas lo que se pretende por cada parte procesal.
- El alegato de apertura debe ser preciso: esta característica nos indica que el alegato debe ser concreto indicando de manera resumida lo que cada parte considera poder demostrar en juicio.
- El alegato de apertura debe ser técnico-jurídico: considero que esta es la característica más importante, ya que el alegato de apertura debe

estar basado en los hechos o acciones que se están discutiendo en el juico y la tesis que se adopte por cada parte obligada debe estar fundada y/o sostenida en una base legal vigente; para que sea posible ser adoptaba por el juez en una resolución del proceso.

Alegato de apertura de la parte acusadora:

Por mandato constitucional el Ministerio Público es el encargado de la persecución penal de los delito de acción pública, lo que significa que durante la fase de investigación debe de realizar todas las diligencias que le sean necesaria y que sean legales para investigar los hechos y/o la acción penal que le son denunciadas; además del ministerio público se reconoce como parte acusadora al querellante adhesivo; por lo que es a estos dos sujetos procesales a quienes la ley les otorga la obligación de plantear alegatos de apertura como parte acusadora.

Hay que tomar en cuenta que los alegatos de apertura vinieron a sustituir la lectura de la acusación que se realizaba en el inicio del debate. Por lo que ahora es un error creer que en el alegato de apertura la parte acusadora debe leer los hechos de la acusación; por el contrario en esta fase la parte acusadora debe de argumentar de una forma clara y concreta como va demostrar la acusación que en una fase anterior formuló contra el acusado; indicando argumentos puntuales que vayan enfocados en considerar que el hecho acusado es delito, las circunstancias en las que fue realizado ese delito y cuál fue la participación del sindicado en la realización del delito como autor o como cómplice y sobre todo deberá indicar como va a demostrar esos aspectos indicando con que prueba considera poder demostrar que el acusado es responsable del hecho que se le acusa; siempre

debe tomarse en cuenta que la prueba que se mencione como argumento para sustentar su tesis acusatoria debe de haber sido legalmente admitida como prueba a diligenciarse en el juicio oral y público.

En el mismo sentido tiene que abordar el alegato de apertura la parte querellada que se haya adherido en su momento procesal oportuno a la acusación planteada en contra del acusado; es decir tiene el derecho y la obligación de presentar una argumentación clara, concreta y técnico jurídica de la tesis que considera poder demostrar durante el desarrollo del debate y cuál es la prueba esencial con la que se va demostrar la participación del acusado que lo convierte en autor responsable del hecho acusado y cuál es la pretensión que requieren como parte querellante en el proceso penal. Sobre todo, debe de indicar como le afectó el delito a la víctima y como lo va a demostrar durante el desarrollo del debate.

Alegato de Apertura de la Defensa

La defensa técnica es una de las partes obligadas a presentar alegatos de apertura; por lo que es necesario que el abogado defensor tenga pleno conocimiento de los hechos acusados al sindicado y de la prueba con que la parte acusadora pretende demostrar el hecho. Debe tomarse en cuenta que el alegato de apertura por parte de la Defensa técnica debe ser concreto y puntual basado en la tesis de defensa que considera poder demostrar en juicio.

Es necesario indicar que el alegato de apertura debe de abordarse de manera personalizada es decir que debe de formularse una tesis de defensa por las acciones directas reprochables al acusado en la acusación. Por lo

que cuando se realice la defensa de varios sindicados en un mismo juicio el abogado debe de realizar un alegato de apertura por cada sindicado; ya que el defensor debe de enfocarse en la tesis que maneja para defender a cada sindicado, ya que en esta fase del debate se cuenta con toda la prueba que ha presentado el ministerio público en contra del acusado.

Considero importante recalcar que el Estado de Guatemala concede como derecho básico a toda persona que está siendo sindicada de un delito la presunción de inocencia ya que lo regulado el Art. 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala así mismo lo establece y amplía en el área adjetiva penal en el Art. 14 del código procesal penal guatemalteco “el procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable...” por tal razón considero que es un error tomar como tesis de defensa el argumento constitucional de presunción de inocencia y que la labor principal del defensor se enfoque en mantener una garantía que ya está establecida y garantizada en nuestro ordenamiento jurídico, ya que es un derecho preestablecido; es decir es un derecho adquirido que no está en discusión en un juicio penal sino por el contrario es una garantía constitucional la cual es obligación del juez velar para que no sea violentada por ninguna de las partes procesales.

Tomando en cuenta la practica tribunalicia se puede ver que es muy recurrente escuchar que los sujetos procesales obligados a plantear un alegato de apertura no lo realizan de una manera adecuada; ya que en lugar de plantear su tesis acusatoria y tesis de defensa lo que hacen es ocultar la misma bajo argumentos vagos y triviales, creyendo que si se

descubren cada uno de ellos sus posturas, revelarás sus pretensiones, olvidando que lo que se trata en un juicio oral y público es precisamente el esclarecimiento de la verdad histórica de cómo sucedieron los hechos plantados en la acusación.

Considero que las partes obligadas deben de abordar desde el principio un alegato de apertura que demuestre al juez cuál es su postura a desarrollar y como la demostraran en el debate oral y público. Considero que es imperante para el abogado que ejerce la defensa técnica del sindicado enfocarse con mayor esmero en plantear dentro de su alegato de apertura la tesis de defensa, tomando en cuenta las acciones que se le acusa al sindicado y las circunstancias en las que se le imputa haber realizado las acciones punitivas; así mismo debe de indicar como pretenden demostrar su tesis ya sea con prueba de cargo o de descargo o con cuestiones de pleno derecho durante el desarrollo del juicio. Ya que de lo contrario considero que la defensa técnica estaría tomando una actitud pasiva o hasta dejando en un estado de indefensión al sindicado, ya que esto le permitirá poner en antecedente al juez sobre su tesis de defensa y le brindará un panorama amplio para formular de mejor manera el interrogatorio a los órganos de prueba; en el sentido que ha indicado en su alegato de apertura.

A pesar que el Artículo 368 del Código Procesal Penal de Guatemala no les asigna a los jueces un papel activo en la fase de los alegatos de apertura; estoy convencida que es de suma importancia que ellos conozcan desde el inicio las pretensiones de cada uno de los sujetos procesales y de cómo proponen poder demostrarlas; por lo que el alegato de apertura no es un requisito dentro del debate, sino que es una fase importante en la que

las partes obligadas deben argumentar concretamente sus posturas tanto de acusación y defensa ya que esto les da la posibilidad a los jueces de conocer cuál es la tesis que consideran poder demostrar cada una de las partes y les permite determinar aspectos relevantes en los que se deben enfocar al momento de la reproducción de la prueba en el desarrollo del debate.

Por ello considero que las partes procesales deben de vertir un alegato de apertura, concreto al hecho que se discute en juicio, deben de ser claros en la forma en que pretenden demostrar su postura y este alegato debe ser técnico jurídico para que los sujetos procesales comprendan que su postura no solo es legal, sino que tiene un sustento jurídico en el cual se fundamentan su postura.

Referencias bibliográficas

- La Construcción de los interrogatorios desde la teoría del caso. Hesbert Benavente Chorres. Editorial Bosch. España 2015
- El juicio oral en Cuba. Jorge Bodes Torres. Editorial Fenaje. Quito 2007
- Decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala, Guatemala, 31 de mayo de 2011.
- Constitución Política de la República de Guatemala, Guatemala, 14 de enero de 1986.
- Código Nacional de Procedimientos Penales de México, México, 19 de febrero de 2021.

Revista del
DEFENSOR

Revista del
DEFENSOR

Revista del
DEFENSOR

Control social y percepción ciudadana

Dr. Luis Enrique Quiñonez Zeta

La nota roja

Este artículo aborda algunos matices sobre la percepción ciudadana en la construcción del problema criminal. La investigación, de alguna manera, evidencia cómo la violencia social en el país, expuesta a través de la nota roja, sirve a los medios de comunicación, no solo, como un recurso para obtener aceptación y crecimiento dentro de la población; sino también, contribuye de algún modo a construir la percepción ciudadana como resultado de la información noticiosa y cómo, esta percepción, evidencia una implicación directa en el sistema de justicia. La investigación tiene una función meramente descriptiva, que abona a posteriores investigaciones (Terradas, Ignasi: 1993; pág. 122) “...debe instruirnos la comprobación de que lo que para algunas etnografías posee una función descriptiva, para otras se convierte en una proposición explicativa o interpretativa o al revés. Ante ello, resulta fútil extraer conclusiones acerca de la objetividad o sinceridad de sus autores o influencia de sus culturas.”.

Ramírez Rodríguez; en Hernández, María Eugenia (2013: pág. 28) se refiere al término nota roja como: “Un género informativo por medio del cual se dan a conocer hechos relacionados con algún tipo de violencia. Son relatos acerca de hechos criminales, catástrofes, accidentes o escándalos en general y se identifican porque sus encabezados son impactantes y tienen tintes de exageración y melodrama”. Siguiendo la temática, menciona Barata, Francesc (2015: pág. 55): “La nota roja nos(sic) habla de la sangre derramada, de las tragedias y de los dramas humanos, pero sólo los referidos a las inseguridades penales.”.

La información que llega a las masas a través de la denominada nota roja cuya característica es de ser exagerada, provoca emociones negativas, morbo e impacto en la audiencia, lo que suma, que cuando se involucra en temas de justicia, destaca (Aristizábal, y Carreño Bustamante: pág. 68) que: “Respecto al debido proceso violado por los medios, la situación es evidente cuando el medio decide la culpabilidad de alguien, usurpando las funciones del juez. Es posible que luego de un proceso judicial se determine la culpabilidad advertida por el comunicador, pero si el resultado es contrario, se habrá producido un daño al inculpado difícil de resarcir, puesto que la opinión pública ya está sesgada.”

De esa cuenta en el devenir de la cotidianidad de la vida social en Guatemala, los múltiples hechos violentos que suscitan en el territorio, que por las características que denota la forma de informar, se encuadran en la denominada nota roja, forma sentido en la audiencia a la llegada de la información. Lo cual contribuye, de alguna manera, no solo a la estigmatización de las personas señaladas, sino también, de ciertos grupos poblacionales, lo que repercute en la integración social y la concepción del otro, del diferente, una racionalidad cultural basada en la negación. El distinto queda desvalorizado, satanizado, reprimido.

Medios de comunicación y percepción social

La segregación

El Artículo 140 de la Constitución Política de la República de Guatemala, manifiesta que el sistema de gobierno del Estado Guatemalteco es Republicano, Democrático y Representativo. El sistema Democrático se afirma en la separación e independencia de los poderes ejecutivo,

legislativo y judicial, los cuales, por mandato legal, deben mantenerse ajenos a toda injerencia de control privado y/o económico.

El Artículo 35 de la Carta Magna manifiesta que: “Es libre la emisión del pensamiento por cualesquiera medios de difusión... Este derecho constitucional no podrá ser restringido por ley o disposición gubernamental alguna...La actividad de los medios de comunicación social es de interés público... Es libre el acceso a las fuentes de información y ninguna autoridad podrá limitar ese derecho...”; de esa cuenta se afirma que la libertad de prensa, expresión, opinión, información no puede ser intervenida por órganos oficiales o particulares con la intención de conducir a la ciudadanía hacia objetivos previamente establecidos.

Pero también, es oportuno manifestar que estas libertades no deben vulnerar el honor y la intimidad personal, y en este caso, como derivación, una de las garantías y derechos fundamentales como lo es la presunción de inocencia como consecuencia de la dignidad humana, que en avanzada determina: “Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente en sentencia debidamente ejecutoriada” (Artículo 14 CPRG). Sin embargo, se cuenta la posibilidad, sin mayor análisis, que los medios de comunicación día a día vulneren, de manera frecuente, este derecho fundamental, lo cual es consentido no solo por la audiencia, que es atraída por la noticia criminal, con un gran índice de recepción, sino también, por el sistema de justicia.

Es por esto que se afirma, no solo, que los hechos criminales son notoriamente noticiosos, sino también, la influencia directa que tiene en el

sistema de justicia, puesto que representa un conflicto humano producido en la sociedad, por esa razón, informar sobre este tipo de hechos atrae la atención inmediata de la audiencia, ya que, al ser un tema sensible, pues implica la vida, la libertad sexual, el patrimonio, entre otros, de cualquier miembro de la comunidad, cualquiera de sus integrantes puede verse incluido en un hecho semejante.

Es notable, que, en el diario vivir, las noticias sobre hechos criminales resultan ser las principales; estas noticias se dirigen sobre todo a las emociones de la audiencia, a la creación de estereotipos negativos que se repiten en la vida cotidiana y que al final suponen la generalidad de grupos determinados; por ejemplo: datos estadísticos presentados por el Grupo de Apoyo Mutuo (GAM) de hasta septiembre del año 2014, los cuales fueron publicitados por distintos medios noticiosos, tal el caso de LaHora.gt, publicado el 3 de octubre de 2014, bajo el título “GAM: Zonas 18, Villa Nueva y Mixco, las áreas más violentas”, revelan que la mayor proporción de hechos de violencia a nivel nacional, se concentran en los departamentos de Guatemala, Escuintla y Zacapa. En la ciudad de Guatemala, las zonas 18, 6, 7, 1, 21 y 5 marcan mayor número de acontecimientos de violencia. Mientras que las zonas 14 y 15 reportan los índices más bajos. Con respecto a otros municipios del departamento de Guatemala, se mencionan Villa Nueva y Mixco como los más violentos.

Situación que se mantiene para el año dos mil veintiuno, según la publicación de fecha doce de octubre de dos mil veintiuno, en sistema electrónico <https://www.prensalibre.com>, columna de prensa libre

de Pérez Marroquín, Cesar, publicado a las 16:10 horas, bajo el título Violencia en Guatemala: ¿Cuáles son los departamentos con los niveles más altos de peligrosidad?, donde señala que el tercer viceministro de gobernación, Carlos García Rubio, destacó que los departamentos de Guatemala, Escuintla, Izabal y Chimaltenango registran los niveles más altos de incidencia criminal; en el caso del departamento de Guatemala los lugares más afectados son: Villa Nueva, Chinautla, San José del Golfo y San Raymundo; a nivel más centralizado, la zona 18 de la capital.

La Judicialización de la información

A todo esto, se suma, que desde hace algunas décadas se ha generado una tendencia por llevar la información judicial a la audiencia que espera la noticia, es decir, cuando se utiliza terminología jurídica y/o judicial al presentar las noticias con matiz de hechos criminales. Donde se ha hecho notorio, salvo opinión en contrario, que los presentadores de noticias, comentaristas, reporteros, entre otros, que utilizan estos términos sin conocerlos a profundidad, al informar, lejos de orientar generan confusión en la audiencia.

Es evidente, que lo descrito, repercute en la opinión pública, debido a que, si no se conoce correctamente el sentido del sistema jurídico o en ocasiones, el sentido de una norma jurídica, se crean opiniones alejadas de la realidad jurídica del país, alimentando insatisfacción cuando el operador del sistema de justicia emite una resolución contraria a lo que la ciudadanía considera que debió resolverse; verbigracia, la aplicación de medidas sustitutivas, que tendría que ser la regla en un sistema democrático y no la excepción, como sucede en el medio jurídico guatemalteco, como consecuencia del

escándalo mediático que su aplicación suscita. Un ejemplo se encuentra en la publicación de fecha veintiséis de noviembre del dos mil veintiuno, en sistema electrónico <https://www.prenalibre.com>, columna de prensa libre (Toc, Mynor, 19:11 horas), bajo el título “juez suplente de Femicidio deja en libertad a dos agentes de la PNC sindicados de haber ultrajado a una mujer”, en el cual se describe:

“...juez...ordenó la libertad para dos policías sindicados de violación. Sobre el caso, las organizaciones...rechazan el fallo del juzgador y señalaron que... (el juez) mostró su animadversión hacia la víctima, minimizando los hechos constitutivos de violación y decidió modificar los delitos a los sindicados. También señalan que el juez...impuso a los sindicados medidas sustitutivas mínimas, sin ninguna medida de restricción para evitar que se escapen.”

Así también, se ha hecho frecuente la manifestación de profesionales, cuya opinión parece más orientada al beneficio de la oportunidad para hacer publicidad de su experiencia y práctica en el foro jurídico, puesto que, incluso, se emiten opiniones en casos concretos sin conocer el expediente de investigación y/o la carpeta judicial, en otras palabras, quien no conoce el expediente judicial debe ser prudente y cuidadoso al momento de opinar, porque no conoce lo que conoce la jurisdicción y los que por alguna razón, profesional, están a cargo del caso.

Es oportuno reflexionar que las noticias no son ajenas de sensibilizar y alarmar al público, posiblemente, eligiendo información que genere audiencia por ser sensacionalista, con lo cual la realidad llega a la

audiencia de una forma escandalosa, pues es acompañada de opiniones que inducen al espectador a una verdad irrefutable y sesgada. Aristizábal, y Carreño Bustamante ((pág. 68) sostienen que: “Los juicios emitidos por los medios y sembrados en la opinión pública suelen influir en la opinión pública de tal forma que esta depende de la opinión de los medios, es decir, los juicios de los medios sobre las personas son tan poderosos que poco importa el resultado de un proceso judicial del que ya hay una opinión pública creada por los medios.”; resulta entonces que se consigue un consenso de opiniones semejantes que circulan en el medio ciudadano sin orientación técnica. Con las noticias, en lugar de contar los hechos sucedidos, se trasciende en la interpretación de los mismos, con el peligro de mal orientar a la opinión pública.

Por esa razón se escuchan opiniones respecto a que diversas decisiones judiciales, motivadas por el hecho de no desentonar con la opinión pública, acogen, por ejemplo, las presiones sociales de encarcelamiento preventivo, contra los imputados en procesos penales, lo que simbólicamente y materialmente representa justicia inmediata. Formándose la opinión dentro del foro que esto sucede debido a que los medios de comunicación sugieren que es necesario, mano dura para combatir la corrupción y la delincuencia común, ya que al difundir las noticias agregan opiniones en lenguaje coloquial en este sentido y, ante una eventual discrepancia judicial, disparan comentarios acusando de corrupto o débil al operador de justicia, quien luego es linchado mediáticamente y consecuentemente por la ciudadanía.

En este orden de ideas, sería humano preguntarse, ¿si la presión pública consigue generar influencia en los operadores de justicia de nuestro país?, ¿si la presión pública ha logrado, como resultado que en casos mediáticos se evada pronunciar decisiones judiciales que generen conflicto ante la ciudadanía, optando así por resolver acorde a lo que se demanda, con el objeto de evadir señalamientos de corrupción o incapacidad, como también, averiguaciones a cargo de los órganos de control interno, que surgen, entre otros, como consecuencia del control mediático?. De esa cuenta, incluso, sería oportuno que se abriera el debate sobre independencia y autonomía judicial; el sacrificio al respeto de garantías y derechos fundamentales por tranquilidad personal de a quien toca decidir.

Información e independencia judicial

En el informe sobre independencia judicial en Guatemala, del año 2000, la exmagistrada Yolanda Pérez Ruiz, y el ex magistrado Eleazar López, se manifiestan en cuanto a Independencia de Jueces e interferencia con la Independencia Judicial, indicando:

“...a nuestro criterio los principales obstáculos a la independencia de los jueces son: ... El manejo que los medios de comunicación y grupos de presión social dan a algunos casos tienen(sic) como finalidad presionar al o los jueces para que fallen en determinado sentido so pena de sufrir ataques o desprestigio; ...En cuanto a las fuentes principales de interferencia de la independencia judicial, tal y como se desprende de los obstáculos apuntados dichas fuentes estarían constituidas por...los medios de comunicación, grupos de presión...De forma directa o indirecta los sectores de presión social y medios de comunicación, realizando

campañas de desinformación o desprestigio de los jueces que resuelven de forma contraria a sus deseos o intereses... los medios de comunicación en cuya mentalidad por ejemplo no parece estar presente el estado de inocencia...”

En este orden de ideas, todo esto resultaría por la manera en que los medios de comunicación abordan este tipo de noticias sobre hechos criminales, lo que disuade, con apoyo de la ciudadanía, contra jueces, fiscales y abogados defensores de nuestro país. Aristizábal, y Carreño Bustamante: (pág. 74) hacen clara alusión a que: “Los medios han llegado, con su enorme poder, a sembrar la idea de que el buen operador de justicia es el que condena. Y el que absuelve, a pesar de tener razones para ello, es corrupto y ha contribuido a aumentar la impunidad.”. En este sentido se generan, en pasillos, diversidad de opiniones; sin embargo, la manera de informar está a la orden del día, y al final, es humano pensar si algunos prefieren evitar ser cuestionados públicamente y eligen no enfrentarse a las opiniones noticiosas, comentaristas, reporteros, dejando la pregunta en el ambiente: ¿El poder mediático tiene la capacidad de sobre ponerse al poder judicial? Lo que se presenta con claridad, es el hecho que estamos sumergidos en una mediatización de la violencia y del tema criminal, que daña el respeto y cumplimiento de la vigencia de las libertades ciudadanas y garantías procesales, pero también, que alimenta el expansionismo penal y promueve el endurecimiento de las penas, porque el usuario o consumidor de la noticia exige protección, lo que se traduce penosamente en la idea generalizada de más sanciones, evadiendo atender los temas sociales y económicos del país.

Información y criminalización

Alonso Salazar (1998: página 161) refiriéndose a la década de los ochenta, sobre la crisis económica mundial que afectó gravemente a la población latinoamericana, refiere que: “Una de las tantas manifestaciones de esta crisis fue la emergencia de un nuevo sujeto en el imaginario público del continente americano: el joven violento y pobre.” De esa cuenta se advierte que, en las últimas décadas del siglo XX en la historia guatemalteca, se registró un alto nivel de organización de los sectores populares en constante resistencia a los diferentes gobiernos de turno, lo que se convirtió en una constante tensión y agudización de los mecanismos de control de la sociedad guatemalteca. Acontecimientos, que, en coincidencia con lo referido por Alonso Salazar, tuvieron como resultado que en la década de los ochenta se fijara la atención en los jóvenes provenientes de sectores populares, en orientación a identificarlos como el joven-delincuente.

Esta simbología del joven-delincuente es el resultado de un proceso de varias décadas, donde los medios de comunicación y el Estado fusionaron estas dos imágenes y las hicieron presentarse como una sola. Una muestra de estos acontecimientos, según lo apunta el equipo de investigación IIPS/DIGI; de la Escuela de Ciencias Políticas, de la Universidad de San Carlos de Guatemala (Revista Política y Sociedad, octubre 2001, página 60) puede encontrarse en las memorias del primer Congreso Nacional de 1970 sobre familia y juventud, en el cual se desarrolla un discurso que determina: “La familia, infancia y Juventud y su participación en el desarrollo. La realización de este congreso se planteo como una respuesta ante el alto crecimiento poblacional y los cambios en la estructura de la sociedad guatemalteca, tales como el desempleo, el alto costo de la vida,

la falta de vivienda, etc.,” lo que se consideró, en su momento, según apunta Hernández, Juan José (Cuadernos de Sociología número 6, página 142) estaba transformando la escala de valores de la sociedad, por lo que debían ser investigados.

Continúa analizando en Hernández (investigación citada, páginas 60 y ss.) que luego de la lectura del documento es interesante observar que no se menciona el clima de confrontación que vivía Guatemala en esa época, como tampoco se menciona lo relativo a la participación política de los jóvenes o las acciones de las fuerzas de seguridad del Estado contra estos. Como una muestra de la imagen negativa que ya se tenía en esa época de los jóvenes pobres, en Camus, Manuela (pág. 27 y ss.) se citan las reflexiones de la ponencia sobre el “uso del tiempo libre” por parte de los jóvenes de áreas marginales:

“(…) Aumenta el número de chicos adictos a las drogas baratas por curiosidad, imitación funesta o por degeneración. Se oyen noticias alarmantes de pandillas de pequeños ladrones que infestan los mercados y otros lugares. Es incontable el número de infantes que piden limosna... deambulan niños despreocupados, atrevidos e incorrectos, destruyendo árboles, pintarrajeando y apedreando edificios, con insultos y desafían a quienes quieren y pueden, o interrumpiendo el tráfico con juegos de pelota por las calles... los unos más los otros vagando por basureros, barrancos y rincones despoblados sin vigilancia, cómplices del vicio -absorción de alucinógenos como el más común entre los varones- cómplices del pecado con la prostitución entre las mujeres; pero todos candidatos al centro de tratamiento y orientación de menores y la cárcel (...).”

Sin embargo, raramente se hace un esfuerzo por explicar esta problemática, en, pero, se utilizan etiquetas morales para referirse a las mismas. La drogadicción, las pandillas y la prostitución, entre otros, continúan siendo objeto de estudio en forma aislada, evadiendo que estos deben ser objeto de reflexión y relación con factores como: pobreza, desintegración familiar, carencia de espacios físicos recreativos o deportivos, “profesionalización” policial entre otros.

En este orden de ideas, Hernández (página 144 y ss.) sostiene que la prostitución, la drogadicción, la violencia intrafamiliar y delincuencia, las pandillas, el alcoholismo, el crimen organizado, la ingobernabilidad, el narcotráfico y la violencia represiva son entidades que se desarrollan dentro de una categoría a la que se ha dado por llamar antisociales, que se refieren a cierto tipo de actores como ubicados fuera de lo social o contrapuesto a la sociedad. En el caso de las pandillas, estas estarían constituidas por agrupaciones supuestamente integradas por antisociales y a éstas se refieren constantemente los medios de comunicación social en temas sobre juventud, seguridad, violencia urbana y comunidades populares urbanas. La falta de atención del Estado hacia los jóvenes tiene su mayor impacto en la forma en la que los medios de comunicación hacen que se visualice la problemática; aspectos como la moda (forma de vestir) en este sector social y en conclusión la criminalización de los jóvenes pobres.

¿La información en la definición del delincuente?

La criminología, busca contestar a la pregunta acerca de cómo aprendemos a identificar, interpretar y catalogar determinados comportamientos como delitos. En el caso particular de las pandillas, referirse a delincuencia es indagar sobre lo que se conoce como delincuencia juvenil, sin dejar de lado que dentro de los grupos denominados pandillas también se encuentra un alto número de personas que ha rebasado su mayoría de edad.

Ahora bien, (Hernández, pág. 145) inicialmente el interés por la delincuencia que tiene su origen en la pandilla fue de tipo humanitario; esto es, protección a ciertos sectores de la población que se encuentran o se conciben en posición de marginados. Sin embargo, en la actualidad, se infiere que un delincuente y problemático puede ser cualquier integrante de la población percibida como de área marginal.

En este sentido se presentan dos preguntas fundamentales, así, ¿Cómo se llega a ser delincuente? y ¿Cómo se llega a ser definido como tal? Estos cuestionamientos, tendrían respuesta (Hernández, pág. 151 y ss.) mediante la transmisión cultural y del etiquetaje. La primera noción tiene que ver con el aprendizaje delictivo que se lleva adelante en el seno de la subcultura a través de la organización de bandas. La segunda noción tiene que ver con el etiquetamiento, o sea, con la reacción de la sociedad frente a la comisión de ilícitos. Esto último, encierra, selección de unos individuos; confrontación con la sociedad, veredicto, institucionalización y oficio delictivo.

En la siguiente cita de noticia, escrita en la Revista El Gráfico, de 15 de marzo de 1992, se observa con claridad la forma en la que el reportero percibe un hecho determinado, que tiene que ver con una protesta callejera; a continuación, el fragmento del artículo de opinión, donde sin razón aparente, el comentarista relata el pánico que sintió desde su carro al ver correr algunos estudiantes en la calle:

“Será difícil que lo olvide alguna vez, venían corriendo, subiendo por la calle Martí hacia el periférico o el parque Morazán, en grupo, a media calle, dando gritos y esparciendo el temor hacia los cuatro puntos cardinales. Deben de haber sido estudiantes de unos 17 o 18 años y traían la mirada inyectada en rabia, en desesperación, gritando y viendo a todos lados. Y corrían todos y la gente se apretaba contra las paredes, y las puertas de los pequeños comercios parecían como si se encogían ante el asalto inminente. Eran las once de la mañana, un martes cualquiera y cuando les vi correr así, dueños de la calle, dueños de la gente, dueños de la impunidad, aceleré y me aligeré velozmente... y me puse a pensar que nunca antes había visto eso en una arteria de los inicios del centro citadino, en manos de una pandilla, a esas horas del día... y me di cuenta entonces que desde hacía tiempo me venía preparando para ello y que por eso andaba en este carro Dodge 1967... el tanque que hay que usar en esta ciudad en manos de las pandillas y sin salida aparente”.

Esta situación motivó, en un primer momento, que todo aquel joven que mostrara características que eran señaladas como las del otro a combatir, fueran constantemente desprestigiados por la prensa y las fuerzas de seguridad del Estado, llamándolos constantemente vándalos y

bochincheros, relacionándolos con la delincuencia, consumo de drogas y el crimen organizado.

Por otra parte, es importante recordar que en 1993 se inició una fuerte actividad de Institutos públicos en protestas por la falta de catedráticos, escasez de agua y falta de electricidad en sus centros, así como la suspensión del bono escolar que se les brindaba para moverse gratuitamente en el transporte público. Estas demandas legítimas no eran informadas por la prensa como tales, sino que se resaltaban como actividades violentas sin sentido (Revista Crónica, 20 de febrero de 1993), quema de llantas o buses y paro del tráfico. En este orden de ideas, las notas sobre las pandillas vinculadas a los institutos eran totalmente escandalosas, por ejemplo, esta: “Maras atacan a la ciudad” (Crónica 30 de abril de 1993).

Señalados estos puntos, me parece que definitivamente, el ciudadano común, y las fuerzas de seguridad del Estado, también estuvieron incluidos en su percepción negativa y violenta contra los jóvenes por las imágenes distorsionadas que de ellos presentaba la prensa.

Siguiendo a Hernández (pág. 143) los miembros de las pandillas se unen para conformar un poder que individualmente no poseen. El poder que surge de esa unión es la herramienta fundamental para generar presencia en la sociedad. No está claro el momento en el que las persecuciones y los enfrentamientos entre las fuerzas de seguridad del Estado, se trasladaron a un campo de batalla en el cual se generalizó el estigma sobre ciertas características que presentaban los jóvenes, hacia los cuales debía inclinarse todo el aparato de control del Estado. Para esa época,

el panorama de las expresiones juveniles en la ciudad estaba cambiando drásticamente.

Por tal motivo, poder y presencia en la sociedad se convierten en dos variables que conforman una relación dialéctica en el mundo de las pandillas. Entonces, el poder de las pandillas genera presencia en la sociedad, una presencia que se percibe en forma negativa. Lo que vislumbra que la presencia negativa en la sociedad genera un alto nivel de miedo; como un sentimiento prácticamente incontrolable que pone en jaque, por un lado, la residencia de muchas personas que comparten el barrio habitado por pandillas y, por otro lado, el orden social establecido desde arriba.

Para Hernández (pág. 143 y ss.) alrededor de 1994, las pandillas locales empezaban a ser sustituidas por pandillas transnacionales, tales como la mara Salvatrucha y la mara Dieciocho, las cuales se extendían rápidamente. Estas nuevas estructuras, a diferencia de las pandillas tradicionales, salvo opinión en contrario, no han tenido mayor presencia en el centro de la ciudad, en las Escuelas e Institutos públicos, tampoco conformaron su identidad central alrededor de la música. Se tendría que decir, entonces, que a mediados de los noventa, las expresiones juveniles sufrieron una clara separación y las fronteras que se encontraban difusas una década atrás, quedaron mejor definidas entre la pandilla de antaño y las nuevas formas de organización transnacional.

La percepción de los involucrados

En el ejercicio de la función de defensor público se ha escuchado de manera informal, en diálogos improvisados, a integrantes y ex integrantes de maras de Guatemala, pero también, se ha escuchado a la familia de estos, sobre la información de los medios de comunicación (televisión, radio y periódicos) en torno a las actividades de las pandillas. Sobre su parecer respecto a los medios de comunicación en cuanto a que, si al abordar el tema de la violencia -exageran, inventan cosas-; o que -se quedan cortos, publican poco-, los comentarios de integrantes, y no integrantes, ex-integrantes, familiares y vecinos presentan claras diferencias en cuanto a su opinión sobre el que hacer de los medios de comunicación. Los integrantes de maras y ex integrantes y, en menor medida, familiares, presentan opiniones desfavorables sobre la información que se publica. Cuando se les consultó a miembros y ex miembros de maras por qué piensan así de los medios, dos argumentos fueron los más utilizados, el uno fue, que les atribuyen asociaciones injustas; por otra parte, que dan información equivocada.

En un dialogo informal, con un ex integrante, también hace referencia a que los medios de comunicación exageran e inventan ciertos hechos relacionados con pandillas: «... que maleado, porque hay casaca... todo depende de lo que veas, en la televisión o en la prensa, porque de repente dicen, pandilleros ... y matan al ... y esa casaca no es así, y eso malea. Y la prensa da más casaca a eso, o sea, mucha cosa de ese rollo esos les dan (lo exageran) sí, demasiado...salgo en la prensa y dicen ese bato fue... ponen el fierro (arma de fuego) y yo nada que ver...» (Ex integrante, mara Salvatrucha, 24 años, Guatemala).

Casos como este tienen relación con lo que para el efecto manifiesta Barata, Francesc (2015: pág. 61) “La construcción de la sospecha y la culpabilidad se refuerza con la publicación de los nombres y las imágenes de personas que la policía relaciona con los hechos, afectando su derecho a la intimidad y devaluando sus garantías procesales... La práctica de los funcionarios policiales de permitir a los periodistas que fotografíen a los detenidos devalúa gravemente la presunción de inocencia y pone a los ciudadanos acusados en una posición de indefensión, pues se construye ante la opinión pública una relación directa entre ellos y el cuerpo del delito cuando todavía ni han pasado a disposición judicial. Se dice a la sociedad que ya fueron detenidos los culpables cuando jurídicamente queda por demostrar su relación con los hechos... el mostrar a los detenidos continúa siendo una práctica muy habitual en países del ámbito latinoamericano, donde los imputados son coaccionados por las autoridades policiales para que, al ser mostrados ante la prensa, empuñen las armas supuestamente incautadas o tomen entre sus manos los objetos incriminatorios.”.

En este sentido existe la posibilidad que se sientan asediados por su entorno, lo cual contribuye a generar percepciones negativas en cuanto a actores sociales importantes, como los medios de comunicación. Aristizábal, y Carreño Bustamante (pág. 74), manifiestan: “Qué peligro verse uno envuelto en procesos de cualquier índole en donde los fiscales y los jueces se mueven al vaivén de los medios, haciéndoles el juego a éstos en contra de principios tan elementales como el debido proceso y la imparcialidad. Muy difícil le resulta a un ciudadano tratar de convencer a sus jueces de que es inocente, pues cuando el reo llega al proceso

ya ha sido condenado por la opinión pública. Es decir, es culpable de entrada.”. Abona el hecho que el entrevistado se pronuncia en cuanto a que los medios exageran e inventan, todo lo atribuyen a las maras, eso les hace pensar que su información es incorrecta, lo que muestra rasgos de estigmatización; por ende, existen mayores elementos que conducen al rechazo de los jóvenes pandilleros.

Al preguntarles qué tipo de noticia les gustaría que se publicara sobre ellos, la más citada fue reivindicación individual, por ejemplo, presentar noticias favorables tales como mejoras en su vida, esfuerzos por salir de las pandillas u aspectos positivos sobre actividades que en un momento determinado pudiesen desarrollar. En este sentido se puede pensar o tomar en cuenta (Hernández, 153-154) que: “Dejar la pandilla también es un rito. Hay que solicitar al de mayor rango el deseo de dejar la pandilla a cambio de un nuevo sentido de vida; se invoca al hijo pequeño que se ha procreado, la novia con la cual se quiere establecer una relación matrimonial, la enfermedad terminal de la madre, pero en todas estas invocaciones se incluye la irrupción de Dios como el motivo principal por el cual se quiere abandonar la pandilla.”

En algunos diálogos se indagó sobre los motivos a los cuales atribuyen la percibida distorsión de la prensa. Se percibe a los medios de comunicación como perjudiciales porque solo se hace eco de la versión oficial de los acontecimientos: «(...) ...esos batos (los noticieros) ellos se venden, (...) lo que el gobierno le conviene, ellos le dicen, esto vas a sacar, esto no lo vas a sacar... entonces yo lo que pienso es que son basura, (...), me tiene mal, (...)..., yo vivo en una colonia pobre (...) había un puesto de policía,

en esos años el puesto de policía no sabía que yo era miembro activo de la Pandilla 18. Entonces vienen ellos y la hacen (...) en el año 2015. (...) le disparan a dos batos en una camioneta (...) de repente aparece mi nombre en esa onda (...) me (...) unos encapuchados, me llevan preso. (...) De repente nos llega un diario y en el diario (...) (nombre del pandillero) culpable de asesinato... el enseñó yo a (...), mira le digo yo y la de él, pero esto ha pasado hace unos días y nosotros aquí ya llevamos cuatro días (...)» entrevistado de 19 años, miembro de la M-18.

Quienes expresaron opiniones negativas, se refirieron, principalmente, a aspectos relacionados con la televisión: Exageran cosas y nunca se podría ver la realidad del barrio en la televisión. Los familiares de mareros en Guatemala, quizás por su conocimiento de primera mano, no creen recibir de los medios una imagen real de las pandillas.

Referencias bibliográficas

- Camus, Manuela. Ser Indígena en la Ciudad. Recopilación de Testimonios. Cuadernos de Ciencias Sociales 2002.
- Hernández, Juan José. Cuadernos de Sociología Numero 6, Universidad Pontificia de Salamanca, Programa Guatemala, Fundación Pablo VI. Editores Centro de Estudios Sociales UPSA, GUATEMALA.
- Hernández Linares, María Eugenia. Uso de la nota roja en nuestro diario y el periódico. Tesis para optar al Grado de Licenciada en Ciencias de la Comunicación. Universidad de San Carlos de Guatemala. Marzo de 2017. Disponible en http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/16/16_1550.pdf
- Raúl Zepeda López, Perspectivas de Desarrollo de una Cultura de Paz. Coordinador: Equipo de Investigación IIPS/DIGI. Escuela De Ciencias Políticas, Universidad de San Carlos de Guatemala. Revista Política y Sociedad. Instituto de Investigaciones Políticas y Sociales IIPS, octubre 2001.
- Salazar, Alonso. Juventud y violencia. En la construcción de lo juvenil. Reunión Nacional de Investigadores sobre juventud. Comp: Jaime Padilla. México 1998; Colección Jóvenes/ Causa Joven.
- Terradas, Ignasi 1993. “Realismo etnográfico. Una reconsideración del programa de Bronislaw K. Malinowski”. En: Bestard i Camps, Joan (coord) Después de Malinowski, VI Congreso de Antropología, Tenerife, España, Dirección General de Patrimonio Histórico.

Revistas y periódicos consultados

- Aristizábal, José F., Carreño Bustamante, María T. 2015. “La justicia y la libertad de prensa”. En: Revista Académica e Institucional Páginas de la UCP, N° 98. Disponible en <https://www.elespectador.com/opinion/columnistas/Felipe-zuleta-lleras/la-justicia-mediatica-column-552088/>
- Francesc, Barata. Revista Latinoamericana de Comunicación; CHASQUI; numero 110, junio 2010. 54-61. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5791375.pdf>
- Informe sobre independencia judicial en Guatemala. Año 2000. Disponible en <https://xdoc.mx/documents/informe-sobre-independencia-judicial-en-guatemala-5df542deb6246>
- Raúl Zepeda López, Perspectivas de Desarrollo de una Cultura de Paz. Equipo de Investigación IIPS/DIGI. Escuela De Ciencias Políticas, Universidad de San Carlos de Guatemala. Revista Política y Sociedad. Instituto de Investigaciones Políticas y Sociales IIPS, octubre 2001.
- El Grafico 15 de marzo de 1992. La Revista. Disponible en <https://docplayer.es/62255234-Enfrentamientos-y-violencias-juveniles-en-la-ciudad-de-guatemala.html>
- Crónica 20 de febrero de 1993.
- Crónica 30 de abril de 1993.
- <https://www.prensalibre.com>, columna de prensa libre de Pérez Marroquín, Cesar, publicado a las 16:10 horas, bajo el título Violencia en Guatemala: ¿Cuáles son los departamentos con los niveles más altos de peligrosidad?

**Análisis desde el funcionalismo
de la situación jurídica de las
personas acusadas de tráfico
ilegal de personas**

M.Sc. José Miguel Cifuentes Cifuentes

Tipo penal de tráfico ilegal de personas

Guatemala es un país geográficamente cercano a Estado Unidos, lugar al que muchas personas del mundo desean llegar para mejorar sus condiciones de vida. Este fenómeno provoca que cada año miles de personas transiten ilegalmente por mar y tierra. Ese tránsito regularmente es guiado y facilitado por estructuras delictivas que se encargan del reclutamiento y traslado desde el país de origen hasta el de destino, que suele ser Estados Unidos. El negocio del tráfico de migrantes o contrabando de migrantes es bastante rentable, siendo incluso un negocio internacional.

La conducta delictiva de tráfico ilegal consiste básicamente en ayudar o controlar el traslado de las personas hacia un país distinto. Se diferencia de la trata en que no existe un fin de explotación sexual o laboral.

A nivel internacional existe el protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. El mismo define el tráfico ilícito de migrantes por la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte de la cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente un beneficio financiero.

El Decreto 10-2015 se reformó la ley de migración y se tipificó un delito que castiga el traslado ilegal de indocumentados. El artículo quedó de la manera siguiente:

“Artículo 1. Se reforma el Artículo 103 del Decreto Número 95-98 del Congreso de la República, Ley de Migración, el cual queda así:

“Artículo 103. Tráfico ilícito de personas. Comete el delito de tráfico ilícito de personas quien, con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material, promueva o facilite de cualquier forma el ingreso, permanencia o salida ilegal del territorio nacional de una o más personas extranjeras. El responsable será sancionado con prisión de seis a ocho años. La misma pena se aplicará para quien, para los fines del párrafo anterior, de cualquier forma, facilitare o promoviere el transporte o tránsito de una o más personas extranjeras.”
(El subrayado es del autor)

Dentro de la exposición de motivos se razonó que la reforma se hizo para castigar a quiénes han convertido en un negocio el tráfico de extranjeros, a quiénes, según se argumenta, se les violan sus Derechos Humanos. Se sostiene, además, que se realiza la reforma con la finalidad de que la legislación interna guarde congruencia con el Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que requiere que los estados deben tomar medidas apropiadas para combatir este fenómeno.

Tal y como puede notarse, se plantea un ánimo de lucro como requisito normativo, siendo los verbos rectores el promover o facilitar el transporte de personas extranjeras. Se deja abierta la posibilidad a que el transporte sea por vía marítima, terrestre o aérea. Según reportes de prensa los detenidos manifestaron ser personas trabajadoras y haber aceptado el viaje derivado a que es su trabajo, pues operan como taxistas o pilotos de bus.

El 16 de febrero de 2022 se publicó en el diario de Centro América una nueva reforma al Artículo 103 del decreto 95-98, misma que modifica drásticamente la

pena del delito de tráfico ilegal de personas, fijando de 10 a 30 años y una multa de 100 mil a 200 mil quetzales.

Conductas Neutrales (Gerard, 2009)

Las acciones neutrales se pueden definir como las que acaban favoreciendo o facilitando la comisión de un delito. Es decir, por sí mismas son inocuas o irrelevantes para el derecho penal, pero que, al ser aprovechadas por terceras personas, sirven para llevar adelante la comisión de un hecho delictivo.

Se puede determinar cómo características, que son las que se realizan dentro de un rol o estereotipo, y que por sí son lícitas, así mismo, que con conocimiento cierto o probable por parte de quien la realiza, de que se está favoreciendo directa o indirectamente producir un resultado delictivo.

Existen tres modalidades de abordaje de las conductas neutrales: a) la que niega la relevancia de la conducta neutral, y plantea que cualquier conducta de cooperación o prestación de ayuda debe ser considerada complicidad punible; b) La que admite la relevancia y plantea el análisis desde las causas de justificación; c) la que admite la relevancia penal de las acciones, pero ubica el problema en el tipo penal.

La postura mayoritaria y que es defendida por Roxin, Jakobs, Silva Sánchez, es la que ubica el problema de las conductas neutrales en el tipo penal. Aún dentro de esta postura existen dos tipos de planteamientos, los que brindan la solución en el tipo subjetivo, haciendo depender la

existencia del riesgo del conocimiento, en tanto que otros, la ubican en el tipo objetivo.

Ambas posturas pretenden aplicar criterios que limiten la responsabilidad de las acciones del cómplice por conductas neutrales.

La primera corriente, denominada límite subjetivo, y que es defendida por Roxin, señala que debe demostrarse que el aporte al hecho debe haber actuado con dolo directo en relación al fin delictivo del autor, caso en el cual sería cómplice punible. Ahora bien, si el sujeto actúa con dolo eventual, como regla general debe excluirse la punibilidad, ya que le está permitido confiar en que otros no cometan hechos delictivos.

Otro sector de la doctrina plantea límites objetivos, utilizando los criterios de prohibición de regreso, adecuación social, adecuación profesional, principio de confianza, las cuales se analizan a continuación.

Abordaje conforme el causalismo vigente en Guatemala

Conforme la teoría causalista el concepto de delito se estudia desde una perspectiva natural y causal, aparece la concepción del delito, como un hecho objetivo y causal que está dominado por la conducta, apareciendo un resultado y un nexo causal. Se determina la existencia del delito por la acción, nexo causal, resultado y antijuricidad, la cual se entiende como un juicio de valor objetivo respecto de la contradicción del hecho, con el derecho, integrándose de esa manera el elemento objetivo del delito.

En cuanto al elemento subjetivo, este se forma por el nexo de la relación psicológica entre el querer del agente y la causación del resultado. (Girón, 2016).

El Código Penal guatemalteco regula la relación de causalidad en el Artículo 10, cuando se establece que los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlo. Es evidente pues, que predomina un sistema causalista, donde no importa cuál fue la manera o el motivo que llevó al sujeto a la realización del delito. Esta situación se deriva de que el Código es de 1973, es decir, tiene casi cincuenta años de haber entrado en vigencia, por lo que las teorías modernas aún no forman parte del mismo. Ya que conforme dicho artículo, esa atribución es directa, no importa saber cuál fue el objetivo de realizar la acción u omisión o establecer la fase interna del imputado.

En cualquiera de los casos anteriormente planteados, en los que pilotos de transporte pesado, buses extraurbanos, o taxistas, son hallados mientras conducían vehículos en los que iban personas extranjeras, la solución conforme el causalismo es bastante práctica, pero no por ello justa. Se concluye que los sujetos al haber desarrollado la conducta descrita en el tipo penal, y demostrarse los elementos normativos, tales como que se trataba de extranjeros ilegales, aún y cuando no se acredite el beneficio económico, son autores responsables en calidad de autor del delito citado. Para la determinación del nexo causal entre acción y resultado en el causalismo y el finalismo utilizan las siguientes teorías:

• La teoría de la equivalencia de las condiciones:

Formulada por Von Kries y desarrollada por Von Bar. El nombre hace referencia a que todas las condiciones son por igual causa del resultado. De acuerdo con la teoría todos aquellos aspectos y circunstancias que condicionan un resultado, equivalen a una causa, partiendo para evaluarlas de las leyes naturales. Para evaluar cuando una condición es causa del resultado se utiliza la fórmula de la *conditio sine qua non*, que implica un proceso mental en el que, si suprimiendo mentalmente esta condición se hubiese producido el resultado, se concluye que la condición no es relevante, pero si no se hubiese producido el resultado. Afirmamos que la condición es causa del resultado; y, por lo tanto, merecedora de una sanción penal. (Canahupe, 2003)

• La teoría de la relevancia:

Formulada por el alemán Mezger, quien plantea que si bien todas las condiciones con causa del resultado, solo pueden ser relevantes penalmente las que, de acuerdo a la experiencia y la naturaleza del delito, sean idóneas para producir el resultado. La intención es reducir la amplitud del nexo que planteaba la anterior teoría. Para determinar si la conducta es atribuible, el análisis se plantea desde dos perspectivas; primero, se analiza la acción del sujeto según la fórmula de la *conditio sine qua non*, si suprimida mentalmente la acción el resultado deja de producirse; el segundo nivel de análisis, es determinar si la acción es normalmente idónea de acuerdo a la naturaleza del delito.

A continuación, se transcribe la parte relevante de una sentencia en la que se indica que el método correcto para determinar la relevancia de una acción es el de supresión hipotética, mismo que conforme la dogmática moderna conduce a decisiones inválidas:

Expediente No. 1229-2016 Sentencia de Casación del 14/02/2017 “...esta Cámara estima que, le asiste razón jurídica a la entidad casacionista, toda vez que, (...). La Sala tenía la obligación de pronunciarse en cuanto a la existencia de ese error de logicidad y hacer Corte Suprema de Justicia de Guatemala Criterios Jurisprudenciales 996 el análisis respectivo, sin rebasar la prohibición del Artículo 430 del Código Procesal Penal, debiendo de aplicar el método de la supresión mental hipotética, (el subrayado es del autor) herramienta que supone la eliminación hipotética de un razonamiento viciado, a efecto de determinar si la conclusión de la juzgadora se vería afectada al encontrarse desprovista del mismo, lo que implicaría determinar qué tan decisiva y relevante era la prueba y examinar cuál es el residuo probatorio que queda o con el que se cuenta, resultando que si con eso se puede llegar siempre a un determinado resultado, el argumento no es válido. Dicho en otras palabras, el tribunal de apelaciones, debió de suprimir el acta de inspección ocular y establecer si la decisión de la jueza sería distinta a la asumida, y si con las declaraciones de los agentes aprehensores se llegaría a la misma conclusión, (el subrayado es del autor) el argumento no sería relevante para decretar un reenvío (...). Por lo anteriormente considerado, se concluye que el tribunal de apelaciones faltó a su deber de fundamentación...” Confirmándose que con ello tal y como se afirmó arriba, conforme el sistema actualmente seguido

en Guatemala los individuos que son detenidos transportando migrantes, son juzgados conforme el sistema de supresión mental, mediante el cual se arriba a un juicio de existencia de responsabilidad penal. (El subrayado es del autor)

No obstante, lo anterior, desde el causalismo o finalismo, el caso puede resolverse desde el análisis del error de tipo. En Guatemala el mismo no está regulado, situación que complica su aplicación, sin embargo, dogmáticamente puede hacerse el argumento y plantear que ocurre en el caso de los transportistas, esto en virtud que se considera que existe ausencia de dolo, ya que los mismos desconocían la nacionalidad de los extranjeros.

Hay un desconocimiento inevitable de la realización del tipo, que puede provenir de un conocimiento falso o de un descuido. El error de tipo es invencible cuando el autor aplicaba el cuidado debido. (Canahupe, 2003) Se trata de una incongruencia entre lo querido y el resultado. El elemento objetivo, ocurre totalmente en el mundo exterior; pero la responsabilidad no alcanza al autor porque existe un defecto en el conocimiento, situación que condiciona su voluntad, siendo evidente que no existe una dirección de la voluntad hacia la comisión del hecho. (Donna, 2002).

• **Abordaje desde la imputación objetiva**

Roxin sostiene que un moderno sistema de derecho penal ha de estar estructurado teleológicamente, o sea, construido atendiendo a finalidades valorativas. Las finalidades rectoras deben ser de tipo político criminal, ya que los presupuestos de punibilidad han de orientarse a los fines del derecho penal.

Roxin plantea que sistematizar la teoría del delito no significa una renuncia a las categorías delictivas tradicionales, sino una estructuración distinta. En el presente trabajo se analizará especialmente la imputación objetiva, que se erige como el elemento nuclear de la concepción funcional de la teoría del delito.

En delitos de mera actividad y de resultado, conforme la corriente clásica, una vez realizada la acción típica, u obtenido el resultado, se podría afirmar que se ha verificado la tipicidad subjetiva. La doctrina, sin embargo, luego de múltiples intentos por solucionar los problemas derivados de la causalidad, plantea la necesidad de agregar una exigencia más de carácter normativo dentro de la tipicidad, surgiendo así la imputación objetiva, que plantea que no basta con haber causado dolosa o imprudentemente una muerte o lesión, sino que es necesario que dicho resultado pueda serle imputado objetivamente al sujeto, en base a criterios normativos. Se agregan criterios de valoración. (Roxin).

Tal y como se analizó antes, la relación causal se explicó por medio de muchas teorías, tales como la de la condición, de la equivalencia de condiciones, de relevancia. Se empleaba la fórmula llamada de la *conditio sine qua non*. El problema de esta fórmula es que conduce a incluir una cantidad sin límites de causas del resultado, llegándose a lo que se conoce como regresión al infinito. Algunos de los resultados insatisfactorios, negando la causalidad cuando debería firmarla, y afirmándola cuando debería negarla (Roxin).

- Casos de desconocimiento de la virtualidad de la condición supuesta. Ocurre cuando se desconoce el efecto dañino de una sustancia para la salud.

- Casos de causalidad hipotética. Se produce cuando se presenta otra causa, igual a la que se analiza, hubiera producido el mismo resultado, si la primera causa no se hubiere realizado.

- Casos de causalidad acumulativa. Cuando el resultado fue causado por dos o más condiciones, cada una de las cuales era suficiente para producirlo.

- Casos de causalidad adelantada. Hay dos o más causas que se ponen en movimiento, pero una produce el resultado antes que la otra.

- Casos de desviación del curso causal.

Todos los problemas anteriores ponen en duda la funcionalidad de la fórmula de la *conditio sine qua non*. Finalmente se llega a la conclusión que la relación causal sigue siendo elemento del tipo, pero es nada más como un presupuesto de la imputación objetiva.

Se determina que resulta necesario establecer criterios que limiten la relevancia jurídico penal del gran número de acciones típicas. Se estableció de esa manera el criterio de relación de riesgo, que debe existir entre la acción y el resultado.

Los criterios elaborados por Roxin son:

a) Disminución del riesgo

Permite negar la imputación objetiva en casos de desviación de un resultado grave, que haya producido uno leve. Se plantea en casos en los que se causa un daño menor por evitar uno menor.

En estos casos el sujeto procura mejorar la situación jurídica del bien protegido. Se configura como una causa de exclusión de imputación objetiva.

b) Creación de un riesgo jurídicamente relevante

Procede negar la imputación objetiva cuando la acción no ha creado el riesgo relevante de una lesión al bien.

c) Aumento del riesgo permitido

Se niega la imputación objetiva cuando la conducta del actor no ha significado una elevación del riesgo permitido. El riesgo permitido es el que es socialmente adecuado. Solo es típico aquel riesgo que es relevante. El ser humano actúa con un mínimo riesgo o peligro, que es aquella tolerancia social. Hay riesgos que se encuentran regulados, tal es el caso de prácticas deportivas, tráfico de automotor entre otros.

d) Ámbito de aplicación de la norma

Ocurre un aumento del riesgo, sin embargo, la imputación puede ser negada, si el resultado no es el que la norma quiere evitar.

e) Realización del plan

La imputación objetiva se puede afirmar sólo cuando el resultado corresponde al plan del autor.

f) Esfera de responsabilidad de la víctima

El resultado de un hecho no debe ser imputado a quien dio inicio al

curso causal, si en el caso, el peligro de su producción fue libremente aceptado por la víctima.

g) Principio de confianza

Gunter Jakobs plantea el criterio denominado principio de confianza, según el cual, no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a los demás, existe un principio de confianza. Algunos lo colocan como complemento del principio de riesgo permitido.

h) Prohibición de regreso (Wilmere Nino, 2015)

Se parte de la idea que el derecho penal no puede reprimir acciones socialmente inocuas o estereotipadas que carecen de sentido delictivo. La prohibición de regreso se fundamenta en la idea de frenar la responsabilidad penal hacia atrás. Se plantea por parte de Gunter Jakobs, que quien asume con otro un vínculo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano. Un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo, no constituye participación en una organización no permitida. Acá entra la función del abogado, médico, profesional que al desarrollar actividades neutrales en la medida que cumplan son su deber de ser una adecuada y lícita prestación, no puede haber conducta típica, de tal cuanto que la actividad es neutral. El propio Jacobs plantea el caso de un taxista que escucha como dos clientes planean dar muerte a un tercero, sin embargo, en su rol de taxista no le corresponde vigilar que hace el cliente al llegar a su destino.

Se plantea que una vez comprobada la causalidad, se debe seguir el análisis de los criterios normativos arriba esbozados. Así las cosas, se procederá

con el análisis de la situación de quienes son detenidos transportando migrantes.

a) Creación del riesgo jurídicamente relevante

El sujeto activo del delito, ya sea taxista o piloto de bus extraurbano, en tanto no sean parte de la estructura criminal, y solamente se encuentren desempeñando su función o rol socialmente aceptado de transportar personas y productos de un lugar a otro, no elevan el riesgo jurídicamente relevante. En el caso de taxistas y pilotos de buses, el riesgo está regulado por la ley de tránsito y reglamentos municipales, por lo que, una vez que no se vulnera ninguna de estas disposiciones, no existe aumento al riesgo. En el caso en particular de transporte urbano y taxistas, no existe disposición que los obligue a pedir Documento Personal de Identificación –DPI- al momento de abordar una unidad. Ahora bien, en el caso del sujeto que transporta personas en vehículos que no están destinados para pasajeros, sí podría considerarse que hubo una creación y aumento del riesgo, ya que, dentro de la ley de tránsito, los furgones tienen una funcionalidad distinta, específicamente el traslado de mercaderías.

b) Esfera de responsabilidad de la víctima

En el caso de migrantes que pretenden llegar a estados unidos, se transportan de manera voluntaria por medio de taxis, buses urbanos y extraurbanos. Es decir, existe consentimiento de la víctima. Es más, ellos mismos hacen el trato con el piloto del taxi, o ellos por sus propios medios se movilizan y pagan pasaje al momento de abordar un bus. Podrían por lo tanto plantearse que se niega la imputación objetiva basados en el consentimiento libre, informado y actual de las personas transportadas.

c) Principio de Confianza

Se puede afirmar que no forma parte del rol del sujeto taxista o piloto controlar que quienes aborden su unidad cumplan con todos los requisitos migratorios. No resulta exigible a él, pedir a sus usuarios de transporte que cumplan con lo exigido por el Instituto de Migración, es decir, se confía que ellos han cumplido con el deber de registrar su ingreso, presentar su documentación y transitar con las respectivas autorizaciones dentro del país.

d) Prohibición de Regreso

Resulta ser el que mejor explica la situación jurídica que se analiza. Se parte de la idea que el derecho penal no puede reprimir acciones socialmente inocuas o estereotipadas que carecen de sentido delictivo. La prohibición de regreso se fundamenta en la idea de frenar la responsabilidad penal hacia atrás. Se plantea por parte de Gunter Jakobs, que quien asume con otro un vínculo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano. Y justamente, el que ejerce la profesión de taxista, piloto de transporte, solamente está desarrollando una actividad laboral, que justamente consiste en transportar de un lugar a otro personas y cosas. Aquí estamos ante una actividad neutral, ya que el taxista y piloto realiza una prestación adecuada y lícita de su servicio, no siéndole exigible el control migratorio, pues no forma parte de su rol social.

Se puede afirmar en consecuencia que conforme los criterios analizados de imputación objetiva, no existiría tipicidad en la conducta de transportar migrantes, una vez que forma parte de su rol estereotipado.

En ese orden de ideas se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- El transporte de personas migrantes en situación irregular es una conducta neutral si se realiza por parte de personas que tienen el rol socialmente aceptado de ejecutar dicha acción, tales como taxistas, pilotos de transporte urbano y extraurbano, entre otros similares.
- La situación de los casos de conductas neutrales debe ser resuelta en el tipo objetivo, aplicando los criterios aportados por la imputación objetiva.
- Analizada la situación jurídica de quien transporta migrantes dentro de territorio nacional, puede afirmarse que no hay imputación objetiva de quienes se dediquen a la profesión de transportista, en tanto que: a) no existe un aumento del riesgo jurídicamente relevante; b) No forma parte del rol del transportista verificar que los migrantes cumplan con los requisitos migratorios, pues se confía en que así sea; c) Porque el transportista presta un servicio adecuado y lícito.

Referencias bibliográficas

- González Cauhapé-Cazaux Eduardo, Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco, Guatemala, Fundación Mirna Mack.
- Cancio Meliá, Manuel. Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva. Argentina. Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Donna Edgardo, Teoría del delito y la Pena, Buenos Aires 1995, Editorial Astrea.
- Gerard, G. B. (s.f.). Conductas Neutrales. Centro de Investigación Interdisciplinaria de Derecho Penal Económico.
- López Girón, René Otoniel, La Acción Finalista en el Proceso Penal Guatemalteco, Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Roxin, C. (s.f.). La Imputación Objetiva en el Derecho Penal. Alemania: C.H. Beck.
- Wilmere Nino, A. H. (2015). Teoría de la Imputación Objetiva en la Jurisprudencia Peruana. Derecho y Cambio Social, 34.

Revista del
DEFENSOR

Defensa Pública Penal y personal institucional

M.A. Samuel Villalta Aguilar

*Mutatis Mutandis***Acuerdos de paz**

En la búsqueda de documentación que proporcione información pertinente, que esté relacionada con el origen del Servicio Público de Defensa Penal en la República de Guatemala, nos encontramos con los Acuerdos de Paz Firme y Duradera, suscritos entre el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG).

Después de revisados los Acuerdos de Paz Firme y Duradera, se estableció que el Acuerdo sobre Fortalecimiento del Poder Civil y la Función del Ejército en una Sociedad Democrática, entre el Gobierno de Guatemala y Unidad Nacional Revolucionaria Guatemalteca -URNG-, de la Asamblea de la Sociedad Civil, Guatemala 1994, es el documento que por primera vez y de manera directa toma en consideración el Servicio Público de Defensa Penal, y recomienda reformar el Artículo 203 de la actual Constitución Política de la República de Guatemala, Acuerdo que en su parte conducente dice:

“Capítulo IV - Organismo Judicial. Sección Primera: Disposiciones Generales”:

a) Artículo 203: El artículo debe contener una referencia inicial a las garantías de la administración de justicia y, como tal, incluir: el libre acceso y en el propio idioma; el respeto por el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe del país; la defensa de quien no puede pagarla... Para luego pasar directamente al numeral 13 de dicho documento, donde literalmente dice: promover ante el Congreso de la República las siguientes reformas

legales...: [...] Servicio Público de Defensa Penal, b) Establecer el Servicio Público de Defensa Penal para proveer asistencia a quienes no puedan contratar los servicios de asesoría profesional privada. Será un ente con autonomía funcional e independiente de los tres Organismos de Estado, que tenga la misma jerarquía en el proceso que el Ministerio Público y que alcance efectiva cobertura nacional. (1996).

Se puede apreciar que el Acuerdo de Paz recién citado, hace mención expresa al Servicio Público de Defensa Penal y propone la reforma constitucional del Artículo 203, para incluir las garantías de administración de justicia, dirigidas al Organismo Judicial, por lo que se puede inferir, salvo prueba en contrario que el Acuerdo sobre Fortalecimiento del Poder Civil y la Función del Ejército en una Sociedad Democrática, entre el Gobierno de Guatemala y Unidad Nacional Revolucionaria Guatemalteca -URNG-, contiene la primera propuesta formal de reforma del Artículo 203 Constitucional y para la creación del Servicio de Defensa Pública Penal. Servicio que al principio estuvo adscrito al Organismo Judicial, también se debe tomar en consideración, que la propuesta incluye que el órgano encargado del servicio público de defensa penal, “tenga la misma jerarquía en el proceso que el Ministerio Público y que alcance efectiva cobertura nacional”, lo que actualmente es una realidad, ya que ante el ejercicio de la acción pública y persecución penal responde la defensa pública penal a nivel nacional. Es muy importante dejar claro que la reforma constitucional hasta el presente momento no se ha llevado a cabo.

Inicio del Servicio Público de Defensa Penal

El Servicio Público de Defensa Penal nació mediante Acuerdo número 12-94 de la Corte Suprema de Justicia, emitido el 16 de junio de 1994 con una estructura bastante modesta, conformada de la siguiente forma: Dirección General, Gabinete Jurídico y Secciones Departamentales, quedando adscrito al Organismo Judicial.

El Acuerdo número 12-94 de la Corte Suprema de Justicia, en el Título IV de las disposiciones transitorias, Artículo 36 regulaba “Este acuerdo entrará en vigor el mismo día que adquiera vigencia el Decreto 51-92 [Código Procesal Penal]” del Congreso de la República. Es así como el Servicio Público de Defensa Penal, se hizo presente en calidad de sujeto procesal en el proceso penal guatemalteco, con fecha 1 de julio de 1994, dando sus primeros pasos; y comenzando su retirada el Sistema Procesal Inquisitivo, desarrollado por el Código Procesal Penal, Decreto 52-73 del Congreso de la República, que entró en vigencia en el año 1974, sistema procesal que tanto oprobio causó a la sociedad guatemalteca, el cual con el tiempo ha quedado en el olvido.

Al principio el Servicio de Defensa Pública Penal surgió como una emergencia, en respuesta a que el nuevo Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, debía entrar en vigencia el 1 de julio de 1994; y por tal razón el “sistema de justicia” necesitaba incluir al Servicio de Defensa Pública Penal, ya que los Tribunales de Justicia y el Ministerio Público, se encontraban en preparativos para responder a las circunstancias que les esperaban con la entrada en vigencia de un nuevo sistema procesal penal.

Con el Código Procesal Penal fue implementado el nuevo sistema procesal penal, al que se le puede denominar “mixto proacusatorio” -por no ser un sistema acusatorio puro a la manera del anglosajón-, basado en principios del “Juicio Oral”, por lo que se hacía imperativo que el Servicio de Defensa Pública Penal, comenzara a funcionar cuando el nuevo Código entrara en vigencia. No está de más recordar que el Código Procesal Penal había sido emitido en el año 1992.

Nacimiento del IDPP

El nacimiento del Instituto de la Defensa Pública Penal, en adelante el Instituto o el IDPP, se encuentra asentado en la Ley del Servicio Público de Defensa Penal, en adelante la LSPDP, Decreto número 129-97 del Congreso de la República de Guatemala, emitido el 5 de diciembre de 1997, el cual entró en vigencia el 13 de julio de 1998, fecha en la que el Instituto vio la luz por primera vez.

De conformidad con el Artículo 51 -(reformado por el Acuerdo 3-2010 del Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal)- del Reglamento Interno de Trabajo y Disciplinario del Instituto de la Defensa Pública Penal, Acuerdo Número 02-2000 del Consejo del Instituto de la Defensa Penal, que regula: Se instituye como día del Instituto de la Defensa Pública Penal, el 13 de julio de cada año, autorizándose permiso con goce de salario para todo el personal del Instituto.”

Por lo que en conmemoración del nacimiento del IDPP cada 13 de julio se concede asueto con goce de salario a todo el personal del Instituto,

cuidando de atender las audiencias previamente señaladas por los órganos jurisdiccionales y oficinas administrativas correspondientes, en cumplimiento de la prestación del servicio público de defensa penal.

Ahora bien, el Decreto 129-97 del Congreso de la República -LSPDP-, en su segundo considerando expresa: “Que es importante garantizar el derecho de defensa, como derecho fundamental y como garantía operativa en el Proceso Penal, y como tal ha sido reconocida en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala.” Es en este considerando -de la Ley del Instituto- donde por primera vez es tomado en consideración el Derecho de Defensa y el Debido Proceso desde la perspectiva constitucional del Artículo 12; y en ningún otro documento pudo haber sido mejor incluido.

Por otra parte, la LSPDP en su Artículo 1, se refiere a la creación del Instituto de la Defensa Pública Penal, como un organismo administrador del servicio público de defensa penal, para asistir gratuitamente a las personas de escasos recursos económicos; y le otorga “autonomía funcional” y “total independencia técnica para el cumplimiento de su función”, lo cual es de suma importancia, ya que de esa manera el Instituto además de ser dinámico en sus actuaciones es autónomo por mandato de su Ley.

El Artículo 12 de la LSPDP, regula las funciones del Director General las cuales están relacionadas con la gerencia eficaz y dinámica del servicio, para la protección integral del derecho de defensa, por lo que el Director General puede dictar las resoluciones generales y específicas, que considere pertinentes para el buen funcionamiento del Instituto.

Por otra parte, el Instituto ha ido creciendo gradualmente hasta llegar a constituirse en un eje fundamental de la administración de justicia penal guatemalteca, por lo que debe funcionar a la perfección, prestando el servicio de defensa pública penal a personas de escasos recursos económicos, que requieran los servicios de un defensor público.

Mandato Institucional del IDPP

El Instituto de la Defensa Pública Penal como ente público encargado de ejercer el Derecho de Defensa de las personas de escasos recursos económicos, hasta el presente momento no ha sido incorporado a la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, la cual entró en vigencia el 14 de enero de 1986.

Ahora bien, es de suma importancia ubicar en el texto constitucional vigente, el artículo que constituye la base del Derecho de Defensa, donde se fundamenta el mandato institucional que ejerce el IDPP; y para el efecto tenemos que se encuentra contenido en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República, bajo el epígrafe: “Derecho de Defensa”, que regula:

La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.

Por lo que se puede apreciar claramente que es en el Artículo 12 constitucional, donde el Instituto, se yergue y ejerce su noble función para defender públicamente a personas de escasos recursos económicos, función a la cual se encuentra plenamente consagrado.

Es de hacer notar que el mandato del Instituto constituye su principal política, la que inicia su aplicación en el Despacho de Dirección General, vinculada con otras políticas relacionadas con la mejora constante del servicio público de defensa penal, oportuno, gratuito y eficaz.

Estructura Orgánica del IDPP

La estructura orgánica del IDPP se encuentra reflejada en el organigrama institucional, el cual es de carácter público y está a disposición de las personas interesadas, que deseen consultarla para conocer la forma en que el Instituto se encuentra estructurado, donde pueden apreciar su jerarquía administrativa.

Es de hacer notar que en la parte superior de la estructura orgánica aparece el Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal, le sigue la Dirección General a cargo del Director General, con un cuerpo de asesores específicos y las unidades que dependen de Dirección General de donde emanan las disposiciones institucionales.

A Dirección General, le siguen en orden descendente: División Administrativa y Financiera, División de Coordinaciones Técnico Profesionales, División Ejecutiva y de Recursos Humanos y División de Fortalecimiento Institucional.

Las citadas Divisiones están a cargo de un Director y conformadas por Departamentos, Secciones, Unidades y Oficinas, con la diferencia que la Coordinación Técnico Profesional tiene a su cargo las Coordinaciones Departamentales, Municipales y demás Sedes a nivel nacional.

Por otra parte, el organigrama institucional puede ser modificado, siempre que sean creados nuevos departamentos o unidades en el Instituto.

Visión, Misión, Filosofía y Valores Institucionales del IDPP

El Instituto es consciente de su mandato institucional, en tal sentido siempre está innovando sus procedimientos y actualizando sus objetivos, lo cual se aprecia en: la Visión, la Misión, la Filosofía Institucional y los Valores Institucionales, los que le sirven de guía al IDPP y por los que se debe regir en todo momento, para llevar a cabo una excelente prestación del servicio público de defensa penal, a continuación, se presenta la:

Misión

Somos una Institución que administra el servicio público gratuito de defensa penal, a personas de escasos recursos económicos, señaladas de cometer un hecho que puede ser constitutivo de delito o falta.

Visión

Ser una Institución con cobertura a nivel nacional, con defensores públicos de alta calidad jurídica, con presencia, protagonismo y liderazgo en el sistema de justicia, velando por el estricto cumplimiento del debido

proceso, en la atención gratuita de la población sindicada por la comisión de un hecho que puede ser constitutivo de delito o falta.

Filosofía Institucional

Somos una institución que actúa de manera responsable, desarrollamos nuestras atribuciones con fundamento en el derecho de defensa que garantiza la Constitución Política de la República de Guatemala, los tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado en materia de Derechos Humanos. Nuestra filosofía está basada en el servicio, independencia, justicia, igualdad, efectividad, ética, profesionalismo, empatía y respeto hacia los demás.

Valores Institucionales

- **Independencia:** Ejercer la autonomía profesional y técnica fundamentada en la legalidad.
- **Justicia:** Actuar democráticamente con apego a la verdad en la búsqueda del bien común.
- **Igualdad:** Garantizar la equidad legal y material a favor de los usuarios, sin distinción alguna.
- **Efectividad:** Respuesta oportuna, eficaz y adecuada a los intereses del usuario en cumplimiento del mandato institucional.
- **Ética:** Cumplimiento de valores y deberes en la gestión institucional con transparencia y probidad.
- **Profesionalismo:** Desarrollar la capacidad técnica jurídica para el fortalecimiento continuo del servicio.

Con base en la Misión, Visión, Filosofía Institucional y Valores Institucionales, los trabajadores y contratistas que prestan servicios, ya sean técnicos o profesionales en el IDPP, deben estar plenamente identificados y comprometidos con el Instituto, para que éste pueda prestar un servicio de defensa pública penal con excelencia, por lo que resulta imperativo que el personal conozca la visión, misión, filosofía institucional y los valores institucionales, para que los pongan en práctica al momento de prestar el servicio de conformidad con el puesto que desempeñen o servicios que presten, para brindar una atención con excelencia.

Desafíos del IDPP

Entre algunos de los muchos desafíos que ha afrontado y vencido la actual administración a cargo del Señor Director General, Magister Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes, específicamente en el Departamento de Administración de Recursos Humanos, se mencionan los siguientes:

- La actualización de los términos de referencia con los que se lleva a cabo las contrataciones con cargo al renglón presupuestario 029 “Otras remuneraciones de personal temporal”, adecuándolos al marco legal vigente de la Ley de Contrataciones del Estado y las Circulares Conjuntas del Ministerio de Finanzas Públicas, la Contraloría General de Cuentas y la Oficina Nacional de Servicio Civil, siempre partiendo de la premisa que el Instituto es único en su género; y que todas las funciones y actividades que realizan los contratistas en sus diferentes áreas, deben ser acordes y específicas para cada contratista en particular.

- La Política “Cero Papel”, que en su momento buscaba eliminar el uso de papel en:
 - 1) La presentación de informes en papel bond y facturas electrónicas (FEL) que los contratistas debían imprimir para adjuntarlas al informe escrito, por la prestación de servicios técnicos o servicios profesionales al Instituto.

Por lo que, para sustituir el uso del papel bond en la presentación de informes y facturas, fue creado el “Módulo de Informes Electrónicos 029”, por medio del cual los contratistas envían mensualmente sus informes y facturas de manera simple y sencilla.

Actualmente, ningún contratista tiene que presentar en forma física, su informe y factura por servicios prestados al IDPP.

- 2) La presentación de la nómina 029 impresa en papel bond con sus respectivos reportes.

Por lo que se dejó de imprimir la nómina 029, ya que la impresión consumía cientos de hojas de papel bond; y ahora sólo se emplea un disco compacto (CD), un oficio y una orden de compra impresos en papel bond, para ser firmados y enviados a División Administrativa Financiera (DAF).

Con la implementación de la “Política Cero Papel” el Instituto ha economizado recursos económicos, verbigracia: en el uso de

computadoras, impresoras, tintas, energía eléctrica y resmas de papel bond, cartapacios y espacio físico, para archivar informes escritos y nóminas impresas en papel, el pago a empresas de mensajería por envío de informes, lo que afecta positivamente al medio ambiente, ahorrando también horas de trabajo y servicios en recursos humanos; y para los contratistas conlleva: economizar pago de pasajes en buses, gastos por combustible y ahorro del factor tiempo, entre otros.

- La revisión y actualización de los “Procedimientos Administrativos” que se aplican rigurosamente en la ejecución de cada acto administrativo, que realiza el Departamento de Administración de Recursos Humanos, sus Secciones y la Clínica Psicológica de Personal, plenamente fundamentados en el principio administrativo de legalidad.

La citada actualización de los Procedimientos Administrativos garantiza el profesionalismo y la tecnificación en las actividades que diariamente desarrolla el Departamento de Administración de Recursos Humanos, en favor de su personal sustantivo y administrativo, a la vez que evita posibles contingencias con Contraloría General de Cuentas, Ministerio de Finanzas Públicas, Superintendencia de Administración Tributaria, con el mismo IDPP, y algunos bancos del sistema, entre otras instituciones y entidades con las que el Departamento de Recursos Humanos tiene relación.

El IDPP y la Administración Pública

Como es bien sabido el Instituto de la Defensa Pública Penal forma parte de la Administración Pública, por tal razón depende directamente para su funcionamiento de los recursos económicos -su presupuesto anual- que le provee el Estado de Guatemala, por medio del Ministerio de Finanzas Públicas, presupuesto general que le es asignado por el Congreso de la República (Artículo 56 LSPDP) para el ejercicio del año fiscal correspondiente. El cual invierte mayormente en pago de salarios, honorarios por pago de servicios prestados y compra de bienes, como mobiliario, equipo de oficina y demás insumos necesarios para la prestación del servicio de defensa pública penal.

Obviamente, el presupuesto general de ingresos y egresos -que constituye el capital económico- del Instituto, proviene del aporte que hacen los contribuyentes por medio de impuestos y contribuciones que percibe el Estado de Guatemala, por lo que el IDPP a través de sus autoridades correspondientes, rinde cuentas de su efectiva gerencia administrativa y buena mayordomía, en el manejo eficaz de dichos recursos -ya que la ejecución del presupuesto está sujeta a controles y fiscalización de los órganos correspondientes del Estado, por lo que también los empleados y los prestadores de servicios, deben hacer el uso adecuado de los recursos que el Instituto les provee para realizar sus actividades correspondientes.

Es factible afirmar que gran parte del presupuesto anual que recibe el IDPP, es devuelto a la población guatemalteca, con la prestación del servicio público de defensa penal, dirigido a las personas de escasos recursos económicos, que no pueden pagar los servicios de un abogado defensor.

El Departamento de Administración de Recursos Humanos en sus Inicios

Los recursos humanos constituyen el elemento básico e imprescindible para toda empresa, entidad o institución que está en formación, especialmente cuando se está preparando para surgir a la vida jurídica y social. Para el caso del Instituto de la Defensa Pública Penal los recursos humanos no podían ser la excepción, ya que, para iniciar por vez primera con la prestación del servicio público de defensa penal, primero fue necesario contratar al personal administrativo, que se haría cargo del proceso de selección y contratación de los defensores públicos que debían ejercer el derecho de defensa ante los tribunales de justicia y los asistentes de defensor público -entre otros-.

Por lo que en sus inicios el Departamento de Administración de Recursos Humanos era bastante modesto y también limitado, lo que es comprensible, ya que el IDPP comenzaba a funcionar como Institución.

Por otra parte, según el documento denominado “Evaluación Comparativa Período (2005-2010)”, surgido poco más de una década de funcionamiento del Instituto, tenemos que:

De conformidad con la Ley del Servicio Público de Defensa Penal que entró en vigencia en 1998 define que la Sección Metropolitana [Artículo 20 LSPDP] estará integrada por 25 Defensores de Planta y en las Sedes Departamentales del interior del país 3 Defensores de Planta por cada una, asumiendo uno de ellos el puesto de Coordinador de la sede. En el caso de

los municipios [Artículo 19 LSPDP] donde exista un Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, el servicio estará integrado por un Defensor de Planta. Dicha normativa prevé la ampliación del servicio, toda vez que el Organismo Judicial establezca un nuevo Juzgado con la competencia material mencionada. (pp. 16 y 17).

Se puede advertir entonces, que hasta cierto punto el Instituto estaba condicionado a que el Organismo Judicial, llevara a cabo la creación de un Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente en algún municipio donde no existiera Juzgado, para ampliar el servicio público de defensa penal (Artículo 19 LSPDP), lo cual limitaba su crecimiento, pero con la desjudicialización que se ha estado llevando a cabo gradualmente por parte de los juzgados que conocen los Delitos Menos Graves, se rompió ese paradigma; y también se terminó la limitación que tenía el Instituto en la contratación de defensores públicos a nivel nacional y para la “Sección Metropolitana”.

El Departamento de Administración de Recursos Humanos en la Actualidad

El Departamento de Administración de Recursos Humanos es el encargado de suplir las necesidades de personal, debiendo proporcionar el talento humano capaz e idóneo, que el Instituto requiere para desarrollar sus actividades de manera eficiente, por lo que se encarga de los movimientos de personal, pago de salarios, honorarios y el cálculo de las prestaciones del personal, según corresponda, entre otras funciones.

Resulta importante mencionar que el Departamento de Administración de Recursos Humanos, jerárquicamente depende de División Ejecutiva y de Recursos Humanos, como parte de sus funciones recibe directrices e instrucciones, entre ellas: movimientos de personal, entre los que se pueden mencionar las altas -contrataciones y nombramientos-, traslados y bajas de personal por diversas causas a nivel nacional.

El Departamento de Administración de Recursos Humanos, actualmente está conformado por dos secciones, siendo ellas: Sección de Admisión de Personal, Sección de Administración de Personal y la Clínica Psicológica de Personal.

Es en la Sección de Admisión de Personal, donde las personas que ingresan al IDPP, ya sea como trabajadores o contratistas tienen su primer contacto, es allí donde se inicia el proceso de reclutamiento y selección del personal, dicha Sección tiene entre sus funciones realizar los procedimientos administrativos previamente establecidos, para llevar a cabo la selección del talento humano, para proveer del personal idóneo al Instituto en las diferentes áreas.

La Sección de Administración de personal es la encargada de la elaboración de las diferentes nóminas y planillas de los trabajadores y contratistas del IDPP en los diferentes renglones, entre sus funciones también está llevar el control de asistencia del personal, entradas, salidas, vacaciones y de emitir constancias a nivel nacional, entre otras funciones.

Personal Institucional del IDPP

El tema “personal institucional” del Instituto de la Defensa Pública Penal, para el presente caso lo dividiremos en “Personal sustantivo” y “Personal administrativo”.

Personal Sustantivo

El término “Personal sustantivo” -también conocido como personal operativo-, es utilizado en el IDPP para identificar específicamente a los Defensores Públicos en sus diferentes denominaciones, Asistentes de Defensor Público y Procuradores Jurídicos.

El IDPP por medio del “Personal sustantivo” ejerce la Defensa en favor de las personas de escasos recursos económicos en el área penal -es la verdadera razón de ser del IDPP-, en los casos que les son asignados.

Los Defensores Públicos ante los tribunales de justicia y en las oficinas administrativas estatales en que participen lo hacen en representación del Instituto de la Defensa Pública Penal, por lo que deben conducirse decorosamente, para causar una buena impresión y mantener la buena imagen del Instituto, ya que el Defensor Público debe desempeñarse en forma eficiente y eficaz, con lealtad a su representado y atendiendo a la realidad pluricultural del país, sin discriminación alguna a las partes y sujetos procesales (Artículos 29 y 30 LSPDP).

Por otra parte, el Artículo 28 de la Ley del Servicio Público de Defensa Penal regula que: “En el ejercicio de su cargo, al defensor público se le debe el mismo respeto que a los demás sujetos procesales. Los jueces,

fiscales, policías y otras instituciones, deberán prestarles a los defensores públicos, la colaboración necesaria para el buen desempeño de sus funciones a las defensas que les sean asignadas. No podrá identificarse a los defensores con los casos que patrocinan”.

Por lo que el citado artículo prácticamente constituye un valladar y una fortaleza en favor del defensor público, y se puede afirmar que lo equipara a jueces y fiscales, debido a que juega un rol importante en la trilogía del proceso penal guatemalteco, asesorando y defendiendo a la parte sindicada y también orientando a sus familiares, en la ruta a seguir para obtener el mejor beneficio en favor del patrocinado, sin que por ello se le vincule al defensor público con el caso que defiende, ya que el Defensor no puede rehusar la defensa del sindicado, salvo contadas excepciones legales (Artículos 31 y 32 LSPDP).

El personal administrativo del Instituto, al igual que el “Personal Sustantivo” es muy importante, ya que es la otra parte de los “Recursos Humanos”, tiene funciones bien definidas y desarrolla diversas actividades en apoyo de la administración institucional.

Por lo limitado del presente artículo resulta imposible hacer mención del papel tan importante que tiene el personal administrativo del Instituto, y sólo se hará una brevísima mención del personal que conforma algunos departamentos y unidades del Instituto.

El Personal administrativo del Instituto está conformado por personal técnico y profesional con diferentes funciones y actividades de

conformidad con el departamento, sección, unidad u oficina, donde preste servicios o desempeñe sus labores, según sea el caso, verbigracia: Departamento Financiero, Departamento Administrativo, Departamento de Administración de Recursos Humanos, Departamento de Carrera Institucional, Sección de Contabilidad, Sección de Tesorería, Sección de Transportes, Sección de Servicios Generales, entre otros.

Unidad de Formación y Capacitación de Defensores Públicos

-UNIFOCADEP-

La Unidad de Capacitación en adelante UNIFOCADEP es de vital importancia para el IDPP, ya que es a través de ella que se capacita y actualiza a Defensores Públicos, Asistentes de Defensor Público y Procuradores Jurídicos, para cumplir con excelencia el mandato institucional de defensa pública penal.

Para impartir capacitación la UNIFOCADEP cuenta con un equipo de docentes capacitadores que se encargan de diseñar, programar e impartir las capacitaciones y cursos en línea, es de hacer notar que algunos docentes también producen material didáctico como textos o módulos instruccionales.

Para proporcionar capacitación pertinente y con excelencia la Unidad de Capacitación constantemente está evaluando las necesidades de capacitación del personal sustantivo, para desarrollar sus capacidades y destrezas, proporcionándole conocimientos teóricos y prácticos, para su buen desempeño en las audiencias y debates en que participan ejerciendo el derecho de defensa.

La Unidad de Capacitación, capacita al personal en forma presencial y virtual y también en forma mixta (presencial y virtual), la capacitación es impartida a los discentes virtualmente por medio de la plataforma del Sistema de Educación Virtual Institucional (SEVI), y de otras plataformas virtuales verbigracia.

La Incidencia de la Pandemia en el IDPP

Durante los 2 primeros meses del año 2020 todo transcurría con normalidad, pero a mediados del mes de marzo fue declarada por el poder ejecutivo en forma oficial, la pandemia de “COVID-19” (Coronavirus), la cual vino a afectar a la sociedad guatemalteca en general, causando estragos también a nivel internacional.

Como medidas de prevención para evitar los contagios de “COVID-19” y conservar la salud del personal en el Sector Justicia, fueron implementadas las audiencias virtuales en los órganos jurisdiccionales. En tal sentido la Corte Suprema de Justicia, publicó en septiembre de 2020 el Reglamento de audiencias por medios electrónicos de comunicación audiovisual en tiempo real, Acuerdo Número 35-2020, en su Artículo 14 Transitorio, el cual tiene como finalidad darle primacía a los procesos en los que no se habían llevado a cabo las audiencias correspondientes, como consecuencia de la suspensión de labores derivada del Estado de Calamidad Pública, provocado por la emergencia de salud ocasionada por la epidemia de coronavirus COVID-19.

Por lo que la Dirección General del Instituto de la Defensa Pública Penal y las principales autoridades, se vieron en necesidad de implementar el uso obligatorio de mascarilla, la toma de la temperatura corporal, la aplicación de gel en manos al momento de entrar a las oficinas y coordinaciones departamentales y municipales, el lavado de manos con agua y jabón, el distanciamiento social y el aforo correspondiente; así como planificar y coordinar el trabajo por turnos y el teletrabajo -trabajo desde casa-, para mantener la prestación del servicio de defensa pública penal y por supuesto los servicios administrativos. Todo lo cual se hizo del conocimiento institucional por medio de comunicados y circulares.

No obstante las medidas de prevención implementadas en el Instituto de la Defensa Pública Penal, para contrarrestar la pandemia de “COVID19”, ésta ha causado estragos y algunas bajas en el personal sustantivo y administrativo del Instituto, hasta el presente momento, pero aun así el Instituto ha cumplido con el mandato institucional de ejercer la defensa de las personas de escasos recursos económicos, en los casos que le habían sido asignados y en los nuevos casos, siempre velando por el debido proceso. También fueron pagados con puntualidad los honorarios de los contratistas y los sueldos de los trabajadores.

Referencias bibliográficas

- Asamblea Nacional Constituyente. 1985. Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala : s.n., 1985.
- Congreso de la República de Guatemala. 1997. Ley del Servicio Público de Defensa Penal. Guatemala : s.n., 1997. 129-97.
- Corte Suprema de Justicia. 1994. Acuerdo 12-94. Servicio Público de Defensa Penal, Guatemala: Diario de Centroamérica, 1994, Vol. 20. Tomo CCXLIX.
- Corte Suprema de Justicia. 2020. Acuerdo 35-2020. Reglamento de audiencias por medios electrónicos de comunicación audiovisual en tiempo real. Guatemala Diario de Centroamérica: Vol. 51. 7 de septiembre 2020.
- Gobierno de Guatemala y Unidad Nacional Revolucionaria (URNG). 1994. Acuerdo Sobre Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática. Guatemala : s.n., 1994.
- <https://economiat.com/capital-humano/>. 2022. Capital Humano ¿Qué significa para una empresa? [En línea] 27 de 03 de 2022. [Citado el: domingo de marzo de 2022.] <https://economiat.com/capital-humano/>.
- Instituto de la Defensa Pública Penal. 2004. Diagnóstico Institucional. Guatemala: s.n., 2004.
- Instituto de la Defensa Pública Penal. 2010. Evaluación Comparativa Período 2005-2010. Guatemala: San Luis, 2010.
- 2000. Reglamento Interno de Trabajo y Disciplinario del Instituto de la Defensa Pública Penal. Acuerdo del Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal No. 02-2000. Guatemala : s.n.

Principios constitucionales e interrogatorio al sindicado en la audiencia de primera declaración

M.Sc. Reyna Isabel Villatoro Rodríguez

Durante la etapa preparatoria del proceso penal guatemalteco la audiencia de sindicación en la que se presta la primera declaración del imputado es de gran relevancia para la determinación de los procedimientos que se desarrollan a continuación de esta audiencia. Durante la misma, el fiscal describe los hechos que se atribuyen al presunto responsable y su calificación jurídica, este tiene la posibilidad de prestar declaración, asistido por su abogado defensor.

Si bien es cierto en el Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, se establece que si el sindicado acepta prestar su declaración, con posterioridad debe ser sometido a interrogatorio, no puede ser obligado a responder bajo ningún tipo de coacción, por lo que se encuentra en la posibilidad de indicar que no desea responder preguntas, sin que esto afecte su situación jurídica, por lo que ha surgido polémica procesal respecto a si se debe o no presionar a este individuo para que responda las preguntas que se le dirigen.

El proceso penal tiene la finalidad de establecer quién es la persona responsable de la ejecución de un hecho delictivo que afecta a algunos de los bienes jurídicos tutelados por la ley penal, para el efecto se desarrollan una serie de etapas encaminadas a la determinación de los hechos, los que participaron en estos, las personas afectadas directa o indirectamente por las conductas ilícitas, la sanción correspondiente y la ejecución de la sentencia.

El proceso penal es el instrumento necesario para la aplicación del Derecho penal, y con ello, para la represión jurídica del delito. En efecto,

en relación con el fenómeno del delito, al Estado se le atribuyen dos grandes clases de funciones. (Gascón Inchausti, 2020, pág. 11).

Al Estado le corresponde la persecución de represión de los delitos mediante la sanción al responsable, con sustento en las normas jurídicas penales que determinan ante qué condiciones una conducta puede considerarse delictiva. Para lograrlo requiere el desarrollo de actividades ante el órgano jurisdiccional que decide la relación de derecho sustentada en las situaciones fácticas que se demuestran a través de los medios probatorios y que se sustentan en las normas jurídicas aplicables.

El proceso penal constituye la forma que el Estado ejerce su facultad punitiva y soberana, lo que hace a través de un ente especializado, el Ministerio Público, que según el contenido del Artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala, es una institución auxiliar de la administración pública que se encuentra sometido a la legalidad en el ejercicio de sus funciones establecidas en la Ley orgánica del Ministerio Público, Decreto número 40-94 del Congreso de la República de Guatemala, así como en el Código Procesal Penal.

Ese proceso penal está conformado por una serie de principios constitucionales que se encaminan a resguardar los derechos fundamentales de todos los individuos (sindicado y víctima) que comparecen ante los órganos jurisdiccionales con la finalidad de dilucidar la situación jurídica generada por la comisión de un hecho delictivo.

Principios o garantías constitucionales

En muchas oportunidades se le denominan garantías constitucionales a los principios contenidos en la Constitución Política de la República de Guatemala que se encaminan a la protección de las personas para evitar que se vulneren sus derechos elementales dentro del proceso penal. Estos son de observancia obligatoria, especialmente por los titulares de los órganos jurisdiccionales, que son los encargados de garantizar su cumplimiento.

Estos principios expresan la vinculación de la legislación y la práctica procesal a la Constitución e instrumentos de Derechos Humanos que vinculan al Estado. Se busca que el proceso penal sea palpable no sólo porque es más eficaz, especialmente ante la criminalidad grave, sino porque preserva un núcleo duro de principios que permite que los culpables respondan ante la ley de modo civilizado y que los inocentes puedan hallar una justa absolución. Su vigencia permite el destierro del derecho penal del enemigo y la construcción de un derecho penal del ciudadano con el efectivo despliegue preventivo del derecho penal. (Caro Coria, 2006, pág. 113).

Dentro del proceso penal, estos principios o garantías se refieren a esos parámetros que deben ser respetados por parte de todos los que intervienen dentro del proceso penal para evitar la lesión de los Derechos Humanos de las partes procesales. Por lo que corresponden un límite al ejercicio del *ius puniendi* estatal.

El término garantías hace referencia a un conjunto de prevenciones o cautelas, institucionalizadas en los modernos ordenamientos bajo la forma de límites al ejercicio del poder estatal, que se traducen para el ciudadano, en el derecho a no ser interferido en el ejercicio de su libertad más que si se dan algunas circunstancias predeterminadas; y también en el derecho a que la acción del Estado, cuando la Constitución y la Ley le habiliten a ingresar en ese ámbito de autonomía individual, se desarrolle conforme a determinadas reglas. (Baquix, 2014, pág. 61).

Su importancia radica que dentro del proceso penal la potestad punitiva con la que cuenta el Estado, estos principios o garantías implican que: ante la acción que se ejerce contra una persona para someterla a diversos procedimientos se debe respetar su dignidad de seres humanos, mediante el adecuado cumplimiento de las normas esenciales que permiten establecer la responsabilidad penal de una persona, sin violentar sus derechos fundamentales.

Los principios del proceso penal son estables, inmutables y permiten dirigir el curso de sus diversas etapas. Estos principios, formulables todos ellos en forma de proposiciones de implicación o condicionales, en realidad están ligados entre sí. Es posible formalizarlos y parten de once conceptos fundamentales: pena, delito, ley, necesidad, ofensa, acción, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa. Cada principio enuncia una condición *sine qua non*, una garantía jurídica para la afirmación de la responsabilidad penal y para la aplicación de la pena; una condición necesaria en ausencia de la cual no está permitido, o está prohibido, castigar. (Ferrajoli, 1995, págs. 91-93).

Lo que significa que la determinación del delito a través de la ley penal aplicable, la posible sanción al encontrar la culpabilidad del sujeto procesado, debe guiarse por principios penales que garantizan que todo ser humano no será juzgado por hechos que no constituyan delito, ni a través de trámites que no estén establecidos como parte del debido proceso.

Baquiax (2014) menciona como principios constitucionales que informan el proceso penal guatemalteco, los siguientes: tutela judicial efectiva, debido proceso penal, garantía jurisdiccional penal, garantías constitucionales penales. Según el autor, la tutela judicial efectiva consiste en la posibilidad de reclamar con eficacia la intervención estatal en cuanto a las pretensiones jurídicas de los sujetos que figuran como partes. El debido proceso penal consiste en la observancia que el tribunal hace de todas las normas relativas a la tramitación del juicio; es un derecho fundamental que en su contenido abarca: legalidad del delito, legalidad de la pena y su ejecución, legalidad del proceso, juez natural, presunción de inocencia, derecho de defensa, entre otros.

Con respecto a la garantía jurisdiccional penal, Baquiax (2014) indica que a través del juez se garantiza la aplicación adecuada de las normas jurídicas dentro del proceso. Por otro lado, en lo referente a las garantías constitucionales penales, menciona que son los presupuestos del proceso, tales como: formulación de acusación, carga de la prueba por parte del acusador, derecho de defensa, publicidad, oralidad, legalidad del proceso y motivación de las resoluciones.

En suma, todos estos principios o garantías constitucionales (debido proceso, derecho de defensa, presunción de inocencia, legalidad, publicidad, oralidad, motivación o fundamentación) promueven la tutela judicial efectiva para que tanto la víctima como el acusado dentro del proceso penal puedan acceder libremente a los tribunales y promover las actividades pertinentes para el ejercicio de sus derechos y lograr el acceso a la justicia.

En el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se establecen varios principios: el debido proceso, derecho de defensa y juez natural. El debido proceso implica la posibilidad de toda persona de acudir ante el órgano jurisdiccional competente para que se aplique justicia. El derecho de defensa conlleva la posibilidad de ser oído, ofrecer y diligenciar prueba, refutar las afirmaciones en contra de la persona y obtener la sentencia. Mientras que el juez natural conlleva el establecimiento de jueces predeterminados competentes para conocer de los casos. En el Artículo 16 se hace referencia a la prohibición de que las personas declaren contra sí mismas o sus parientes dentro de los grados establecidos en la ley. El Artículo 17 se refiere al principio de legalidad debido a que solo son punibles las conductas calificadas como delito o falta mediante ley previa a la perpetración del hecho. Se regulan otros derechos, pero estos son los de mayor relevancia con respecto al tema analizado.

Principio de legalidad

Para Ferrajoli (1995) el principio de legalidad limita al juez a la aplicación de las leyes vigentes, prescribe la existencia de supuestos típicos que son los únicos que pueden emplearse para la determinación de una situación jurídica como delictiva. Así también, se refiere a que deben respetarse los procedimientos establecidos a través de la ley procesal. Este principio garantiza que el órgano jurisdiccional debe sujetarse exclusivamente a lo que disponen las leyes aplicables y que no pueden aplicarse procedimientos que no estén establecidos en el ordenamiento jurídico.

Debido proceso

La Corte de Constitucionalidad (1999) a través de la sentencia del 16 de diciembre de 1999, emitida dentro del expediente 105-99, explica que el debido proceso es una garantía que debe observarse por parte de los tribunales mediante la aplicación de las normas relativas a la tramitación del juicio y el derecho que tienen las partes a que se pronuncie una resolución que le dé fin de la forma más rápida posible. Además, implica la posibilidad de las partes de acudir ante los órganos de administración de la justicia, a que se puedan desarrollar actos encaminados a la defensa, que se tenga la posibilidad de ser escuchado y de hacer valer los medios probatorios pertinentes de acuerdo con lo que establece la ley.

Independencia judicial

Poroj Subuyuj (2007) explica que la independencia judicial es una premisa indispensable para la objetividad e imparcialidad dentro del proceso, tiene relación con el principio de juez natural y significa que ninguna persona puede ser juzgada sino por los órganos jurisdiccionales establecidos a

través de la ley, a quienes se les asigna la competencia correspondiente y que deben emitir sus resoluciones con suficiente motivación de acuerdo con lo acontecido dentro del proceso

Fundamentación de las resoluciones judiciales

Cordón Aguilar (2012) asegura que la motivación de las resoluciones judiciales es esencial para la tutela judicial efectiva. Se fundamenta en el Artículo 11 bis del Código Procesal Penal, se refiere a que los pronunciamientos emanados de los órganos jurisdiccionales deben dar cuenta de los hechos, pruebas y normas jurídicas tomadas en consideración al momento de emitir la resolución correspondiente.

Presunción de inocencia

Para González Castro (2008) la presunción de inocencia es el pilar básico del sistema procesal porque confiere seguridad a cualquier persona de que se esclarezcan las cuestiones de hecho y culpabilidad que se denuncian en su contra, por lo que deduce la posibilidad de que la persona pueda resultar absuelta y solo en el caso de que se encuentren circunstancias para determinar su responsabilidad se puede romper esa presunción y ser declarado culpable.

No declaración contra sí

Según De Pina Ravest y Jiménez Padilla (2005) las personas tienen derecho a guardar silencio, este es un mecanismo procesal de protección con respecto a la acusación, situación por la que nadie se encuentra en

la obligación de participar activamente en el proceso donde se discute la acusación en su contra, especialmente porque lo que se diga puede ser interpretado de manera tal que se convierta en indicio de su responsabilidad penal.

Derecho de defensa

La Corte de Constitucionalidad (2009) establece que el derecho de defensa consiste en que, durante la sustanciación de cualquier procedimiento jurisdiccional, las personas tengan la posibilidad de exponer sus argumentos, proponer y diligenciar los medios probatorios, rebatir los argumentos y ejercer el control sobre la prueba que aporta la parte contraria, así como, de promover los medios de impugnación previstos en la ley, cuando se cumplan los requerimientos para el efecto.

Audiencia de imputación o de primera declaración

La audiencia de primera declaración del sindicado consiste en un acto procesal que permite su identificación, el hecho delictivo que se le imputa, la posibilidad de su participación infractora de la ley penal y en caso esto resulte afirmativo, se establece el plazo dentro del que debe desarrollarse la investigación y se señala la fecha para llevar a cabo la audiencia de etapa intermedia. Si la persona sindicada se encuentra privada de su libertad también debe ejercerse el control judicial de la detención.

Con mucha razón se puede sostener que el control jurisdiccional de la detención, en audiencia contradictoria, es uno de los avances más significativos en materia de garantías procesales operados con el cambio de sistema procesal penal en nuestro país. Sin duda la privación de libertad

durante la tramitación del proceso penal es la manifestación más enérgica de la reacción penal estatal y también la más cuestionable, ya que se trata de ejercicio de fuerza previo a una sentencia condenatoria. Este reparo, aplicado a la detención, se hace más evidente cuando hablamos de una detención sin orden judicial ya que será la policía la que deberá decidir sobre la procedencia de esta medida extrema y, en no pocos casos, será el propio ofendido quien privará de libertad a una persona con base en la imputación que él mismo sostiene ejercitando, contra otro ciudadano, una facultad que pareciera pertenecer originariamente al Estado. (Arias Vicencio, 2005, págs. 225-226).

A través de la audiencia de primera declaración el juez contralor de la investigación ejerce su función de vigilancia sobre las formalidades legales establecidas para la citación o detención de las personas, la finalidad es que el órgano jurisdiccional se haga cargo de preservar el cumplimiento de las garantías o principios procesales a los que tiene derecho el imputado con la finalidad de establecer la plena vigencia de los Derechos Humanos fundamentales de la persona que es citada o privada de su libertad para comparecer a este acto procesal. Por consiguiente, dentro de esta fase del proceso penal debe respetarse toda norma constitucional aplicable, especialmente lo relativo a la detención, si la hay. “En el control de la detención el juez debe resolver si esta medida cautelar ha sido legal o ilegal.” (Falcone Salas, 2012, pág. 435). Con esto se verifica que exista una forma adecuada de dar inicio al proceso penal.

Procedimiento de la audiencia de primera declaración

La audiencia de la primera declaración se desarrolla de conformidad con el contenido del Artículo 82 del Código Procesal Penal, en el que se establecen todos los aspectos que deben abordarse para la observancia de los derechos fundamentales del imputado.

Advertencias preliminares

Todo inicia con las advertencias preliminares que se sustentan en el contenido del Artículo 81 del Código Procesal Penal, que se desarrollan al iniciar la audiencia oral a través de la explicación que el titular del órgano jurisdiccional dirige al sindicado mediante el uso de palabras sencillas y claras, para que conozca el objeto y forma en que se desarrolla el acto procesal. En este mismo acto debe informar los derechos fundamentales que le asisten y también de su derecho a abstenerse de declarar y que tal decisión no puede utilizarse en su perjuicio. Además, le debe pedir al sindicado que proporcione sus datos de identificación personal, es decir, su nombre completo, edad, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, fecha y lugar de nacimiento, domicilio, lugar de residencia, nombre del cónyuge y de sus hijos, si los tiene, datos de las personas con las que vive de las cuales depende o se encuentran bajo su guarda.

El juez también debe instruir al sindicado acerca de su derecho a exigir la presencia de su defensor y consultar con él cualquier actitud que deba asumir antes de que empiece la declaración sobre el hecho, esto debe hacerse en todo acto procesal en que el sindicado participe prestando sus declaraciones.

Intervención de los sujetos procesales

Con posterioridad la audiencia se desarrollará mediante la intervención de los sujetos procesales. Primero el juez concederá la palabra al fiscal para que intime los hechos al sindicado dándole a conocer todas las circunstancias relativas al tiempo, modo y lugar, también le dará a conocer la calificación jurídica provisional de la conducta delictiva, las disposiciones legales que se han tomado en consideración y la descripción de todos los elementos de convicción con los que se cuenta hasta el momento. Después de esto el juez le preguntará al sindicado si acepta declarar, si este responde afirmativamente se le proporcionará el tiempo para que lo haga libremente.

A continuación de la declaración del sindicado este puede ser sometido al interrogatorio legal del fiscal y del defensor. Después de esto el juez le concederá la palabra al fiscal y al defensor para que emitan sus argumentos de hecho y probatorios sobre la posibilidad de que este sea ligado a proceso, a continuación de las intervenciones de los sujetos procesales el titular del órgano jurisdiccional debe resolver en forma inmediata.

Plazo de la investigación y acto conclusivo

Con posterioridad a esta resolución el juez le concederá nuevamente la palabra al fiscal y al defensor, pero en esta ocasión para que se pronuncien sobre el plazo razonable para la investigación en caso de que se haya ligado al proceso al sindicado. Esto requiere que el juzgador fije un día para la presentación del acto conclusivo y el día y hora para que se lleve a cabo la audiencia intermedia, misma que deberá desarrollarse en un plazo no menor de 10 días ni mayor de 15 días a partir de la fecha fijada

para el acto conclusivo. Llegado el momento de la presentación del acto conclusivo se debe entregar una copia de éste a las partes que lo soliciten y las actuaciones se dejarán a disposición del juez, así como los medios de investigación para que pueda proceder a su examen hasta la fecha fijada para la audiencia.

En todos estos casos el querellante acreditado legalmente puede intervenir en la audiencia a continuación del fiscal en cada una de las intervenciones, y las partes no pueden oponerse a su presencia dentro de la audiencia. De la misma manera, la víctima que se encuentre presente en la audiencia puede ser escuchada si tiene el deseo de que así sea.

Formalidades esenciales

Otros aspectos que deben ser tomados en consideración se encuentran regulados en los Artículos 85 y 86 del Código Procesal Penal. Se refieren a que el sindicado no debe ser protestado sino simplemente se le debe amonestar para que diga la verdad y no puede ser sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa, salvo aquellos casos expresamente autorizados por la ley penal o procesal penal. Tampoco puede utilizarse ningún medio para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, tampoco se le harán cargos o recomendaciones tendientes a obtener su confesión. Las preguntas que se le dirijan deben ser claras y precisas y no está permitido que se le realicen interrogantes capciosas o sugestivas, tampoco pueden ser instaladas las respuestas de forma perentoria. Como complemento, en los Artículos 90 y 91 del mismo cuerpo legal se establece que el imputado tiene derecho a elegir un traductor o intérprete de su confianza para que lo asista en sus declaraciones,

especialmente en aquellos casos en que no tenga una comprensión correcta del idioma oficial que es el español. De la misma manera la inobservancia de los preceptos contenidos respecto a la declaración del sindicado impide utilizar su declaración para fundar cualquier decisión en su contra, salvo aquellas inobservancias formales que puedan ser corregidas durante el acto o con posterioridad.

Derechos del sindicado

En la audiencia de primera declaración se debe velar por el cumplimiento de los derechos del sindicado, a no declarar contra sí mismo o contra parientes, y a no responder interrogatorio.

Derecho a no declarar contra sí mismo o contra parientes

El Artículo 16 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que: “En proceso penal, ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma, contra su cónyuge o persona unida de hecho legalmente, ni contra sus parientes dentro de los grados de ley.” Al respecto, la Corte de Constitucionalidad ha emitido su criterio en varias sentencias entre las que resaltan las de los expedientes 3633-2015 con sentencia de fecha 28 de octubre 2015 y 2562-2011 con sentencia de fecha 28 de septiembre de 2011. En la primera de las cuales se establece que para que exista vulneración a la garantía constitucional de no declaración contra sí mismo o contra sus parientes, es necesario que la declaración haya sido forzada, que se haya obligado a la persona que la haya prestado. En el segundo caso se establece que para que una persona pueda abstenerse a declarar contra sí misma tiene derecho a no incriminarse con sus propias expresiones, mismas que se pueden tener como alteradas de acuerdo a

las circunstancias de su declaración por lo que no constituye un medio suficientemente idóneo para revelar la verdad material por la subjetividad que posee de manera que incluso las declaraciones y confesiones voluntarias admiten prueba en contrario.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el Artículo 8 numeral 2) inciso g) con respecto a las garantías judiciales que toda persona inculpada de delito tiene derecho a la garantía mínima consistente en el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. En el numeral 3 del mismo artículo se determina que la confesión del inculcado solamente es válida si se hace sin coacción de ninguna naturaleza. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido la opinión consultiva número 17/02 del 28 de agosto de 2002, a través de lo que determina que esa confesión se entiende como el reconocimiento que hace el imputado acerca de los hechos que se le atribuyen, no necesariamente que alcance todas las cuestiones que pudieran vincularse con aquellos hechos o sus efectos, puede sujetarse a las medidas de protección procesal que corresponden, tales como la posibilidad de no declarar, la asistencia de defensor y la emisión de la declaración ante autoridades legalmente facultada para recibirla.

Derecho del sindicado a no responder el interrogatorio en la audiencia de primera declaración

Los aspectos analizados previamente permiten comprender que durante la audiencia de imputación de cargos o de primera declaración, existe un momento procesal en el que se le pregunta al sindicado si desea declarar, por supuesto que este se encuentra en la facultad de abstenerse de hacerlo,

sin embargo, cuando decide participar para ejercer la defensa material, la ley establece que puede ser interrogado, esta forma de describir la posibilidad de que tanto el fiscal como el defensor le dirijan preguntas no es una obligación porque de lo contrario se manifestaría con el verbo “deber” y la norma jurídica indicaría que debe ser interrogado. Esto ha sido tomado por parte de abogados defensores para proporcionarle al sindicado la facultad de dar a conocer su punto de vista sobre el hecho, pero a su vez, disminuir cualquier tipo de riesgo que pueda afectar a la defensa por situaciones subjetivas y orientar al imputado para que se abstenga de responder cualquier tipo de interrogante que se le dirija.

En este caso es en el que surgen posturas encontradas toda vez que se puede indicar que es su obligación responder a las preguntas y que se le debe compeler a hacerlo, o bien, que no tiene ningún deber jurídico de hacerlo. Analizar todos los aspectos que se han mencionado tanto doctrinarios como legales, se establece que si bien es cierto existe la posibilidad de que el sindicado se pronuncie sobre los hechos que se le imputan, no está obligado a declarar contra sí mismo y sí considera que algunas de las interrogantes que se le dirigen podría resultar contraproducente, no tendría por qué responderlas.

Los Artículos 81, 82, 85 y 86 del Código Procesal Penal, determinan la forma que debe desarrollarse la audiencia de imputación de cargo o audiencia de primera declaración, en el referido Artículo 85 en el que se establece que el sindicado no será sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa y que tampoco puede utilizarse de ningún medio para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar en contra de su voluntad.

De manera que se encuentra en la total disponibilidad de utilizar el tiempo para declarar libremente y puede ser sometido al interrogatorio del fiscal y del defensor, pero no está obligado a responder. Porque si se le obliga a responder se le estaría coaccionando u obligándolo, pero su facultad es la de expresarse con total libertad sin ningún tipo de imposición, violencia o coacción. Por lo que el órgano jurisdiccional, como garante del cumplimiento de los Derechos Humanos de las partes procesales, debe adoptar una postura protectora del derecho de las personas a no declarar sin que esto le afecte de ninguna manera al imputado que se niegue a responder las preguntas que se le dirijan por parte del ente fiscal o de cualquier otro de los intervinientes.

Los principios constitucionales que rigen el interrogatorio al sindicado en la audiencia de primera declaración o audiencia de imputación de cargos se refieren a las garantías de resguardar el desarrollo del debido proceso con base en la tutela judicial efectiva por lo que el titular del órgano jurisdiccional es el encargado de verificar la observancia de todas las disposiciones jurídicas aplicables.

Durante la audiencia de primera declaración con posterioridad a la manifestación libre y espontánea sobre los hechos que se le imputan al sindicado, éste goza del derecho a no declarar contra sí mismo y de abstenerse de declarar, por lo que cuando se le dirija el conjunto de preguntas formuladas tanto por el fiscal como por el defensor puede abstenerse de responderlas sin que se le pueda obligar de forma alguna a que continúe prestando declaración, toda vez que de hacerlo de esta manera resultaría en perjuicio de sus Derechos Humanos fundamentales.

Referencias bibliográficas

- Arias Vicencio, C. (2005). El control jurisdiccional de la detención. *Revista de estudios de la justicia*, 225-253.
- Baquiaux, J. F. (2014). *Derecho procesal penal guatemalteco: etapas preparatoria e intermedia*. Guatemala: Serviprensa.
- Cordón Aguilar, J. C. (2012). Motivación judicial: exigencia constitucional. *InfoCC*, 3-6.
- De Pina Ravest, V. y Jiménez Padilla, A. (2005). *Defensa pública y Derechos Humanos en el sistema penal acusatorio*. México: Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32424.pdf>
- Falcone Salas, D. (2012). Concepto y sistematización de la detención ilegal en el proceso penal chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 433-495.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Gascón Inchausti, F. (2020). *Derecho procesal penal, materiales para el estudio*. Madrid:
- González Castro, J. A. (2008). *Teoría del delito*. Costa Rica: Poder Judicial.
- Poroj Subbuyuj, O. A. (2007). *El proceso penal guatemalteco: generalidades, etapa preparatoria, etapa intermedia y la vía recursiva*. Guatemala: Magna Terra.
- Universidad Complutense de Madrid. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/56974/1/Derecho%20Procesal%20Penal%20-%20Fernando%20Gasc%C3%B3n%20Inchausti%20-%202019.pdf>

Jurisprudencia

- Asamblea de la Organización de Estados Americanos. (1969). Convención Americana Sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1985). Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala.
- Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva 17/02 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de agosto de 2002).
- Congreso de la República de Guatemala. (1992). Código Procesal Penal. *Decreto 51-92*. Guatemala.
- Congreso de la República de Guatemala. (1994). Ley orgánica del Ministerio Público. *Decreto número 40-94*. Guatemala.
- Corte de Constitucionalidad, Expediente 105-99 (16 de diciembre de 1999).
- Corte de Constitucionalidad. Expediente 2562-2011 (28 de septiembre de 2011).
- Corte de Constitucionalidad. Expediente 3633-2015 (28 de octubre de 2015).
- Corte de Constitucionalidad. Expediente 3045-2009 (15 de octubre de 2009).



7.ª 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 15