



Instituto de la Defensa Pública Penal

Revista del **DEFENSOR**

17

Por una defensa oportuna, gratuita y eficaz

Revista del Defensor N.º 17

Guatemala, julio de 2024

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

M.A. Hugo Roberto Saavedra
Jefe de UNIFOCADEP

Consejo Editorial

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

Tratamiento de Contenido

M.A. Hugo Roberto Saavedra
Jefe 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 17

Julio 2024

Por una defensa oportuna, gratuita y eficaz

Índice

Página

| | |
|-----|---|
| 9 | Operatividad del dispositivo de control telemático desde la óptica del defensor público <i>M.A. Hugo Roberto Saavedra</i> |
| 37 | Informes periciales con perspectiva de género <i>M.Sc. Jeydi Maribel Estrada Montoya</i> |
| 57 | Control de convencionalidad en defensa pública y eficaz <i>Dr. José Gustavo Girón Palles</i> |
| 89 | Consideraciones en la estrategia de defensa basadas en la Opinión Consultiva OC-29/22 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos <i>M.A. Edgar Estuardo Melchor Solórzano</i> |
| 115 | <i>Non bis in idem</i> (Fundamentos para la defensa penal) <i>Lic. Luis Enrique Quiñonez Zeta</i> |
| 139 | El cambio de paradigma procedimental en las penas conmutables en protección de los condenados <i>Lic. Roy Mynor Aguilar Meléndez</i> |
| 169 | Valoración de prueba ilícita en los procesos penales por extorsión y su impacto en las garantías fundamentales <i>Lic. Henry Alexander Paniagua González</i> |

Página

193

Implicaciones y errónea aplicación de la tutela judicial efectiva

Dr. Alberto Benito Uz Pú

223

De la violación al principio del interés superior del adolescente y de legalidad penal, en la acumulación de sanciones en la fase de ejecución

Lic. Pedro Pablo García y Vidaurre

245

Dolo de lesión vs. Dolo de muerte

M.A. Jorge Leonel Juárez Palacios

265

Pérdida de valores en el siglo XXI

Dra. María Eugenia Sandoval de Paz

281

Política criminal del menor infractor en Guatemala y su relación con el terrorismo

Dr. Carlos Ernesto Molina Obregón

313

Aplicación de la Justicia Juvenil restaurativa en Guatemala

Licda. Ruth Nohemí del Águila Guzmán

343

Un análisis de las principales tendencias tecnológicas que van a impactar en el defensor público en los próximos años, así como de los riesgos asociados a la adopción de estas nuevas herramientas

M.Sc. Elmer J. España

365

Lesividad al bien jurídico tutelado como habilitante del poder punitivo del Estado

Lic. Ever Ariel Orrego Dubón

Página

393

La estrategia del defensor público en el procedimiento penal militar del delito de deserción

Lic. José Raúl Rodríguez Noriega

419

La presunción de inocencia, parámetro para valorar la prueba

Licda. Ruth Evelyn Jeanneth Boror Chaicoj

445

Apuntes sobre el recurso extraordinario de casación desde la perspectiva del derecho de defensa

Dra. Gloria Edith Ochoa Zetino

Editorial

Es un privilegio y una grata experiencia académica el presentar a la comunidad de defensores públicos del Instituto de la Defensa Pública Penal la Revista del Defensor, en su edición número 17, con lo cual se continúa el legado institucional de plasmar aspectos relevantes de las vivencias de los articulistas en la litigación penal. Es plausible la gama de temáticas que se abordan en esta prestigiosa revista, que sin duda nutren el nivel cognitivo del defensor público, procurador jurídico y asistente de defensor, inclusive, del estudiante de derecho. En estos trabajos se evidencia el esfuerzo en analizar problemáticas de naturaleza penal desde diferentes ópticas, verbigracia, doctrina, legislación interna del Estado de Guatemala, de tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, jurisprudencia nacional e internacional y praxis, lo que garantiza una rica mezcla de criterios técnico legales inéditos de los ponentes.

La Revista del Defensor, edición 17, se caracteriza por ser una herramienta de consulta para los y las defensoras, así mismo por trascender del ámbito institucional a otros actores del Sector Justicia y por supuesto al plano internacional generado por la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas –AIDEF-, por lo que se puede aseverar que la revista tiene incidencia en procesos formativos de los defensores, logrando así sumar otro elemento en la profesionalización del defensor público, como una prioridad de la actual administración.

Congratulaciones a los partícipes de la revista por proyectarse no solo en el estrado del tribunal, sino que también lo hace en la academia, lo cual es un plus al ejercicio profesional y una satisfacción personal.

Finalmente se exhorta a los defensores a estudiar totalmente la Revista del Defensor en su edición 17, tomar para sí cada artículo y transformarlos en argumentos que han de robustecer la teoría del caso frente al juzgador y fiscal, ahí radica la valía de este prestigioso material creado por y para los defensores del Instituto de la Defensa Pública Penal.

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.

Operatividad del dispositivo de control telemático desde la óptica del defensor público

M.A. Hugo Roberto Saavedra

El tema de la prisión preventiva de procesados y eventualmente condenados, es un problema de larga data que incide en un núcleo de problemas en centros carcelarios de Guatemala, verbigracia, el hacinamiento de población carcelaria, muertes violentas por rivalidades entre grupos criminales, planificación de delitos a cometer en el exterior, nichos de contaminación, enfermedades por infecciones, falta de higiene y atención médica entre otros factores negativos que atañen al sistema penitenciario, estos escenarios convierten a los privados de libertad en vulnerables, tal como lo establece las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, escenario que es resultado de considerar la prisión preventiva como regla general que en ciertos casos se convierte en pena anticipada.

La polémica de la prisión preventiva se pone de manifiesto en el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Guatemala, que asevera: “En relación con la situación de las personas privadas de libertad en Guatemala, la Comisión Interamericana observa que el sistema penitenciario guatemalteco se caracteriza principalmente por el hacinamiento (22.464 personas detenidas en centros con capacidad para 6.320), el uso excesivo de la prisión preventiva (50% del total de la población penitenciaria), y el retraso de la justicia. Además, lo caracterizan las deplorables condiciones de detención, los altos niveles de violencia, la falta de programas eficaces para la reinserción social, la corrupción, y la

ausencia de control efectivo de las autoridades al interior de los centros de reclusión”.¹

La misma Comisión, pero en el informe sobre Mujeres privadas de libertad en las Américas, mantiene la crítica del empleo excesivo de la prisión preventiva exponiendo que:” La Comisión ha recibido información que da cuenta que en esta subregión se presenta un empleo excesivo de la prisión preventiva derivado de su aplicación automática o de la imposibilidad de sustituirla por medidas alternativas, con una afectación diferenciada sobre las mujeres. En este sentido, el Estado de Honduras informó que “las conductas delictivas que resultan en la aplicación automática de la privación de la libertad están relacionados con delitos de drogas”. Además, las regulaciones de El Salvador, Guatemala y Honduras excluyen la sustitución de la prisión preventiva por medidas alternativas respecto de determinados delitos vinculados con la criminalidad organizada, especialmente aquellos relacionados con drogas y extorsión”².

Los anteriores informes resaltan lo grave del exceso en la aplicación de la prisión preventiva como reacción estatalista frente al fenómeno delito, prisión que se considera como la panacea de los males sociales, postura que es contraria a los parámetros

1 Situación de los Derechos Humanos en Guatemala. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, año 2017- Pág. 206.

2 Informe sobre Mujeres privadas de libertad en las Américas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, año 2023, párrafo 105.

convencionales internacionales de Derechos Humanos y es en Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tibi vs. Ecuador, se aborda esa problemática, “La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva 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”³, sin embargo, el juez a sabiendas que la prisión debe ser excepcional, el criterio imperante es *a contrario sensu*, esa medida de coerción es la regla general, ante este escenario, se requiere de medias alternas a la prisión y sobre este tema versa el presente trabajo.

Hecho este breve preámbulo sobre la prisionalización aplicada indiscriminadamente a casos concretos, es sabido que el Código Procesal Penal (CPP) habilita las denominadas medidas sustitutivas en el artículo 264, como medidas alternas a la prisión preventiva, aplicables desde la primera declaración del sindicado, inclusive, se puede optar por la alternativa de una medida desjudicializadora del criterio de oportunidad (art. 25 del CPP) por lo que existen herramientas procesales para favorecer el derecho humano a la libertad, sin perjuicio de estar ligado al proceso penal. Ahora se suma a estas fórmulas procesales, el dispositivo de control telemático, del cual se realizan algunas matizaciones desde la óptica de la defensa técnica.

3 Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 7 de septiembre del 2004, numeral 106.

1. Generalidades

Mediante la ley de implementación del Control telemático en el proceso penal (en adelante LCT) Decreto Número 49-2016, se regula diversos aspectos sobre esta novedosa tecnología, normativa que coincide con los criterios de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las problemáticas del sistema penitenciario al reconocer en el tercer considerando de la ley, que existe crisis carcelaria y para paliar esa situación se requiere de herramientas digitales para descongestionar las cárceles, esa es la finalidad del dispositivo telemático y es necesario advertir que el presente trabajo no está enfocado en transcribir artículos de la LCT y de sus acuerdos, esa tarea de dar lectura al marco normativo se asigna al defensor, entonces el objetivo de este trabajo es presentar ciertas reflexiones sobre la aplicación del dispositivo de control telemático.

Se aclara que el dispositivo no aplica a delitos que tiene prohibición expresa de medida sustitutiva, tanto en el CPP como en otras leyes penales especiales, por ejemplo, no procede pedir el control temático en el delito de asesinato, secuestro, violación calificada entre otros, por lo que no se generaliza la aplicación de ese dispositivo a todos los delitos. Además, el control telemático no es una medida sustitutiva que se sume a las ya contempladas en el artículo 264 del CPP, en todo caso, coadyuva a facilitar el otorgamiento de esa medida de coerción, asumiendo que se desvanecen los peligros

de obstaculización de la investigación o de fuga, al monitorear al beneficiado en su ubicación georreferenciada, por lo que sería un error que la defensa técnica pida la “medida sustitutiva de control telemático”, en todo caso es factible conceptualizar a este mecanismo digital como salida alterna a la prisión preventiva (Art. 1 LCT).

Otro punto a resaltar es que este beneficio se otorga bajo la estricta responsabilidad del juez que debe explicar al procesado o condenado, con palabras sencillas la forma de funcionamiento del dispositivo (Art. 8 LCT) lo que no excluye que el defensor o defensora, asesore correctamente al defendido sobre el uso de este aparato tecnológico.

Es importantísimo el tema monetario, pues en el Acuerdo 89 -2023 del Ministerio de Gobernación (Art. 3) se contempla el tarifario para usar el dispositivo por día con un coste de Q.50.00 y mensualmente Q.1,500. 00, depósito que se realiza por transacción bancaria a favor del Ministerio de Gobernación. Si se opta por esta salida alterna a la prisión y ya ha iniciado el mes, es criterio del Centro de Control Telemático (CCT) que sólo se debe pagar el resto de días para finalizar el mes e iniciado el próximo ya se debe depositar la cuota nivelada de Q.1,500.00. No se acepta convenios de pagos parciales y en caso de insolvencia se informará por el CCT al juez penal, cuya decisión sería revocar el beneficio de la medida sustitutiva e ingreso a prisión preventiva, sin perjuicio del cobro

del saldo insoluto en la vía civil y eventual embargo de salario o bienes. Ahora bien, el juez podría reconsiderar continuar con la medida sustitutiva sin el control telemático, fundamentado en la buena conducta del beneficiado demostrada en libertad.

Para el caso del IDPP, en Circular 004-2024 de la Coordinación Departamental de Guatemala del Instituto, de fecha 30 de mayo del año 2024, se indica que se acordó con la Corte Suprema de Justicia exonerar de pago del dispositivo, tal como lo establece el Acuerdo 30-2023, artículo 4 que contempla casos excepcionales por falta de capacidad económica, lo cual es un avance en pro de la libertad de los usuarios de la institución.

El elemento personal del dispositivo temático:

- El procesado beneficiado con una medida sustitutiva regulada en el CPP
- El condenado que podría ser beneficiado con prelibertad o libertad controlada, mediante el incidente de libertad anticipada (Art. 20 Bis LCT)
- El abusador o agresor en casos de violencia contra la mujer víctima y víctimas de un delito, al otorgarse la medida de seguridad

En cuanto a los límites al derecho humano de transitar libremente, el artículo 6, de la LCT establece el arresto domiciliario, que

permite al usuario del dispositivo, poder desplazarse en todo el departamento, lo cual es beneficioso a *contrario sensu*, del arresto residencial que encierra a la persona en su hogar, sin embargo, el juez se puede apartar de estos dos criterios y limitarse a prohibir, al sujeto portador, a concurrir a determinado lugar o de relacionarse con determinada persona, particularmente con la víctima. Este precepto 6 de la Ley de Control Telemático se debe relacionar con el Acuerdo Ministerial número 280- 2023, que se titula Normativa de coordinación institucional para la aplicación del control telemático en el proceso penal, puntualmente en el artículo 3, que establecen tres zonas, a saber:

- La zona de inclusión, que es el área geográfica en la que el portador del dispositivo puede transitar libremente.
- La zona de exclusión es la prohibición a llegar a determinado lugar o de relacionarse con determinada persona.
- La zona de prevención, es una alerta temprana de que, el portador del control telemático, está por ingresar a la zona de exclusión.

En cuanto a la zona de prevención, el sujeto portador recibe un mensaje de texto en el celular o al correo electrónico, advirtiéndolo de que debe alejarse de la zona de prevención o de exclusión. Si persiste la actitud, es el Centro de Control Telemático el que coordina con la Policía Nacional Civil, los protocolos de seguridad ante la alerta roja, de vulnerarse las zonas de prevención y

exclusión, con fines de neutralizar al portador del dispositivo y protección de la víctima.

El dispositivo telemático utiliza las tecnologías de GPS, Wifi, Radiofrecuencia y servicio de triangulación de antenas, las que coadyuvan a monitorear al sujeto beneficiado, sin embargo, la brecha tecnológica es evidente en los usuarios del IDPP, por pertenecer al segmento de escasos recursos que no poseen celular inteligente y están condicionados, en el día a día, de comprar recargas del servicio de telefonía para operar el celular.

El defensor público solicita al juez, la decisión del defendido en pretender acceder al dispositivo (petición que no se dirige al Centro de Control Telemático) y si procede, el juzgador pide los siguientes informes al Centro referido:

- El de disponibilidad, mediante el cual se indica si tienen existencia de dispositivos. Se recomienda al defensor comunicarse al Centro, previamente a realizar la solicitud al juez;
- El de factibilidad, que es técnico, a través del cual se evalúa el funcionamiento y la cobertura del aparato (Art. 3. Acuerdo número 280-2023 del Ministerio de Gobernación) además se estudia la capacidad de respuesta operativa de la sede policial más próxima al lugar en que permanece la víctima (trabajo, hogar, hospital, entre otros) para prestarle el auxilio respectivo. Este informe despeja todas las dudas de cobertura de las tecnologías utilizadas por el dispositivo. En algunas

capacitaciones exponen ciertos defensores que existen lugares, del área rural, que no tienen energía y es complicada la señal de internet. En estos casos, el informe de factibilidad será desfavorable, queda claro pues, que todo problema tecnológico, insuperable, hace inviable el uso de este control.

Atendiendo a la distancia, estos informes se rinden entre 2, 4 o 24 horas, según el Centro de Control Telemático.

Si los informes favorecen al peticionario, es el juzgador el que decide el lugar de instalación del dispositivo tipo tobillera ya sea en el Centro de Control Telemático, en la carceleta o juzgado, para lo cual el personal del Centro, validará la impresión digital del sujeto portador o en su defecto con el DPI, vigente, para individualizar e identificarlo, con el fin de evitar la suplantación de colocación del dispositivo en otra persona. A estos informes se sumará el estudio socioeconómico del peticionario, el informe que se aborda en un apartado posterior.

2. Principios que informan la LCT

- Consentimiento informado. Es el respeto a la autodeterminación o libre albedrío de la persona, derivado de la dignidad humana, como derecho subjetivo a decidir por sí mismo sobre ciertas situaciones de su vida. Esa manifestación de voluntad debe ser libre de coacción, intimidación o amenaza. El potencial beneficiado debe decidir si acepta sujetarse al control telemático y a todas sus consecuencias jurídicas (Art.8).

- Afectación mínima. El dispositivo telemático, es de aplicación restrictiva, afecta exclusivamente la libertad de locomoción del beneficiado, quedando vigente los otros derechos humanos de la persona natural (Art. 4).
- Principio Victimológico. Postula que, al otorgarse una medida de seguridad en favor de una víctima que es objeto de violencia de género, el dispositivo telemático la protegerá mediante monitoreo del victimario, de futuras agresiones, ello permitirá una vida libre de violencia.
- Principio de integración social. Se privilegia la libertad del beneficiado, para su integración a la familia, a la actividad laboral y social.

3. Aspectos que la defensa técnica debe de evaluar para asesorar y solicitar el dispositivo del control telemático en favor del usuario del IDPP

Se debe insistir en el consentimiento informado del defendido, para utilizar el dispositivo telemático, razonando ese extremo en la hoja de ruta de la estrategia de defensa y pedir la firma del usuario o impresión digital, para demostrar que efectivamente le fue explicado todo lo relativo sobre el dispositivo y que brindó su anuencia.

El kit del dispositivo telemático, está compuesto por varias partes: el dispositivo de control telemático, el cargador inalámbrico, la base del cargador y el Beacon de radio frecuencia (transmisor que emite

señales de radio frecuencias), se ha de recomendar al beneficiado que debe tener cuidado de no extraviar una pieza del kit, y en caso ocurre esta situación se debe informar inmediatamente al defensor para informar al juez con copia al Centro de Control Telemático, para efectos de reponer la pieza extraviada, si fuere factible.

La batería del dispositivo telemático se debe cargar una hora en el día y una hora en la noche como mínimo. Si la carga está baja con un 12%, se activará la alarma en el Centro de Control Telemático y se remitirá un mensaje de texto, instando a cargar la batería.

Si se prevé salir del país, se debe pedir autorización al juez, para el retiro temporal del dispositivo, explicando los motivos. Si el sujeto portador sale del país sin el permiso debido del juez, se activará la alerta roja y rastreo mediante la tecnología roaming, para lograr su geolocalización, lo que provocará revocar el beneficio y retorno a prisión preventiva. El monitoreo es en tiempo real, incluso, tiene la capacidad de recrear un mapa de calor de trazabilidad de los lugares que transitó el portador del dispositivo.

Otro aspecto es que el dispositivo está considerado como hipoalergénico, es decir, no provoca alergias, sin embargo, es indispensable explorar en el defendido si padece de alguna enfermedad, verbigracia, diabetes, pues el dispositivo le podría causar erosiones al tobillo del diabético o para el caso de personas que usan un catéter de corazón, es de establecer medicamento si

las tecnologías utilizadas por el dispositivo telemático, afectan el funcionamiento del catéter.

Se aclara que este dispositivo no aplica en justicia especializada de adolescentes en conflicto con la ley penal, por la especificidad de este proceso y los principios que lo informan, particularmente por el tema etario, durante el trámite del proceso. Si estando el adolescente privado de libertad por condena y cumple la mayoría de edad durante la ejecución de la misma, si es factible acceder al dispositivo telemático como excepción pues la regla general es que el dispositivo no se aplica a adolescentes.

Este sistema de control no se ofrece de oficio por el juez ni por el Centro de Control Telemático, por lo que es a petición de parte el acceso al dispositivo. No se excluye que la defensa sugiera el uso del mismo, pero prima el consentimiento informado, es decir, el potencial beneficiado es el que decide si opta por esa alternativa a la prisión, en todo caso, es más beneficioso el depósito de la caución económica para el procesado, que pagar el dispositivo telemático, ese dinero ya no retorna.

No es necesario demostrar el arraigo del sindicado, para acceder al control telemático, la ley especial de la materia telemática no lo exige y no se debe aceptar por la defensa técnica si el juez es de esa postura a petición del fiscal, en todo caso el procesado tiene que indicar una dirección de residencia en el escrito de solicitud

del dispositivo sin probar con recibo de energía, agua o escritura pública de propiedad, inclusive, no importa el lugar en que habita, pues el Centro de Control Telemático debió indicar en su informe de factibilidad técnica si las tecnologías de monitoreo (ya citadas) funcionan correctamente en ese lugar, para el seguimiento del sujeto portador, caso contrario, no se otorgará esta alternativa a la prisión preventiva. En esa misma línea, tampoco es aceptable que el beneficiado de medida sustitutiva acompañada del aparato telemático deba depositar una caución económica o de firmar el libro o control biométrico en el Ministerio público o en el juzgado, cada semana o cada quince días, esto desnaturaliza la función del dispositivo.

Se suma otra reflexión desde la óptica del análisis costo –beneficio, que es interesante, pues hipotéticamente si el procesado está pagando Q.100.00 de talacha diaria, en el centro carcelario, en un mes calendario serían Q.3,000.00, a sabiendas que ese pagó es ilegal, por lo tanto resulta más beneficioso pagar los Q.1,500.00 mensuales del dispositivo telemático, para recuperar su libertad y regresar a la vida productiva en familia. El mismo criterio del costo –beneficio se puede aplicar al cuestionamiento del “etiquetamiento social” del beneficiado.

Se reitera que toda contingencia en el uso del dispositivo (defectos del aparato, cambio de dirección del hogar del beneficiado, ingreso por tema laboral a la zona de exclusión, por ejemplo) se debe

informar al juez de la causa. Además, el juzgador es el único que puede variar las condiciones del uso del control (Art. 13 LCT) de conformidad al informe que brinde el Centro de Control Telemático, sobre problemáticas generadas por el portador del dispositivo o si el defensor advierte al juez sobre ciertos cambios de las circunstancias en que se otorgó esta salida alterna, por lo que la lógica sugiere que si el juez desconoce el actuar del usuario del aparato de monitoreo, no se debe cancelar el uso del dispositivo o modificar las condiciones primarias de otorgamiento sin información previa. No se descarta que el fiscal posteriormente al haberse optado por el dispositivo electrónico, se oponga al uso del mismo, argumentando diversas causas y pide el retiro del dispositivo para que ingrese a prisión. Esa petición es improcedente, pues a la estricta legalidad se debe solicitar la revisión de la medida de coerción de la medida sustitutiva.

4. Informe socioeconómico

La LCT, en el artículo 7, preceptúa que el control telemático será financiado por el sindicado o condenado pagando Q.1,500.00 mensuales, salvo que, a criterio del juez, exista la posibilidad de exonerar de ese pago al peticionario por no tener la capacidad económica, es decir, es de escasos recursos, ante lo cual ordenará el estudio socioeconómico, para corroborar esa situación paupérrima. En armonía con el anterior precepto, el artículo 4, del Acuerdo número 30-2023 de la Corte Suprema de Justicia, preceptúa que, si es favorable el estudio socioeconómico elaborado por trabajador

social adscrito a la judicatura, el juez ordenará al Ministerio de Gobernación asumir el costo del pago de las mensualidades del control.

Dos aspectos importantes a resaltar sobre ese estudio socioeconómico:

a) El criterio de juez impera para pedir estudio socioeconómico del procesado, lo que se puede interpretar en doble vía, una sería que lo pide de oficio, pues por la intermediación procesal, percibe la situación paupérrima del sindicado, lo que no excluye que el defensor público le argumente al juzgador, que el defendido no tiene capacidad económica para pagar las mensualidades y lograr persuadir al juez a pedir ese estudio.

b) Es un trabajador social que pertenece al Organismo Judicial el que realiza el estudio. Ya existe en el IDPP un formato de solicitud del estudio socioeconómico que debe firmar el juez que solicitó el estudio.

Se ha expuesto por algunos defensores, que el juez les informa que ese estudio tarda más de un mes en realizarse, y atendiendo a la fase procesal, ya no es procedente otorgar la medida sustitutiva acompañada del dispositivo, por lo que se rechaza la solicitud.

5. Criterios de priorización

Otro punto que merece atención es que la LCT, contempla en el precepto 20 la adhesión del artículo 69 Bis a la Ley del Régimen Penitenciario, el que contiene los criterios de priorización para optar al dispositivo telemático, de personas condenadas en situación de vulnerabilidad, por ejemplo, personas mayores a 65 años, mujeres gestantes, quienes padecen de enfermedad grave o terminal, personas con discapacidad permanente que afecte la capacidad de moverse, la madre o padre cabeza de familia con hijos, niños o adolescentes, entre otras situaciones. Para la defensa técnica y usuario que se ubique en las anteriores causales de priorización es una excelente oportunidad para obtener su libertad, mediante la promoción del incidente de libertad anticipada. Surge la duda si esa condena está pendiente de recursos o si se trata de sentencia ejecutoriadas. Criterio del articulista y amparado en una interpretación extensiva, se podría aplicar el criterio de priorización a condenados que tienen pendiente resolver alguna vía recursiva, verbigracia, el condenado que tiene pendiente la sentencia de apelación especial por el tribunal *ad quem*.

El criterio que merece atención es la del condenado que padece una enfermedad grave o terminal, conceptos que generan polémica para definir qué se debe comprender por “enfermedad terminal” por ejemplo. En este caso el perito médico forense afirma que la enfermedad con tratamiento prolongará la vida del paciente (condenado) y no es factible determinar un tiempo del

fallecimiento, inclusive podría mejorar la salud, negando así el criterio de enfermedad terminal o grave. No se ingresa en el terreno de la medicina en este apartado para rebatir aquellos conceptos, por no ser docto en la materia, pero es un derecho humano del condenado una muerte digna en su hogar.

En la circular 004-2024 de la Coordinación Departamental del IDPP, se instruye a los defensores a solicitar el dispositivo telemático, como criterios de priorización en sindicatos que padecen de enfermedades degenerativas, diabetes, cáncer, enfermedades progresivas, enfermedades crónicas, amparados con informe médico del Instituto de Ciencias Forenses de Guatemala.

6. De los delitos en la LCT

El legislador crea dos delitos relacionados con el dispositivo del control telemático, en los artículos 10 y 11 de LCT, denominados “Delito de destrucción, alteración y evasión de dispositivo electrónicos de control telemático” y el de “Cooperación de destrucción, alteración y evasión de dispositivo de control telemático”. Quedan en libertad señores defensores consultar los delitos en la ley respectiva para mayor comprensión de las reflexiones presentadas en esta ponencia.

El delito de destrucción, alteración y evasión de dispositivo electrónicos de control telemático (Art. 10 LCT) es un delito de dolo directo, pues el sujeto activo (portador del dispositivo) conoce que

su acción en destruir, alterar o evadir el control telemático es delito y decide realizar la acción intencionalmente, de forma unívoca. Así mismo se caracteriza por constituir un delito de resultado al destruir o alterar un bien de ajena pertenencia, pues el dispositivo pertenece al Ministerio de Gobernación. Se asocia este delito por algunos juristas como un delito de mera actividad, que sanciona la mera conducta de la persona (acción) sin provocar un resultado dañoso. A consideración del articulista el delito analizado es de resultado.

Los verbos rectores “destruir” o “retirar” el dispositivo telemático, por el sujeto portador intencionalmente, tienen claridad meridiana. No se excluye hipotéticamente que, por un accidente de tránsito, se destruya el dispositivo y se pierda la señal de monitoreo o que el usuario del dispositivo decide sumergirse en el mar, respetando la profundidad máxima del control en agua que es de 1 metro durante 20 minutos y es arrastrado por la marea, por fuerza de la naturaleza. En estos ejemplos, no existió dolo de destruir o evadir el dispositivo, por lo que estos casos fortuitos no constituyen delito, pero se debe informar inmediatamente al juez y al Centro de Control Telemático, por cierto, el caso fortuito (Art. 22 CP) se debió contemplar en LCT.

Así mismo, el verbo “alterar” implica modificar exclusivamente el dispositivo de control telemático para que no funcione correctamente, por lo que no se extiende esa alteración al

cargador, a la base del cargador y al Beacon de radio frecuencia, que constituyen partes que ayudan al dispositivo a cargarlo de energía y monitoreo del sujeto portador, por lo que esos elementos técnicamente no constituyen el dispositivo. El defensor, debe ser ávido en no permitir una analogía *in malam partem*, por parte del juez, al considerar que el cargador inalámbrico es el dispositivo de control telemático, por ejemplo.

Otro punto de reflexión es el intento de destruir el dispositivo o de retirarlo sin lograrlo por el sujeto portador, que es una tentativa en el *iter criminis*, sin embargo, de la redacción del tipo penal de destrucción, alteración y evasión de dispositivo electrónicos de control telemático, se infiere, que el delito debe estar consumado en cuanto a destruirlo, alterarlo o evadir el dispositivo. Diferente sería que el legislador hubiere redactado el ilícito así: “quien destruyere o intentare destruir”, por lo que en un primer examen *prima facie*, se excluye la tentativa, pero alerta al juez a revocar el beneficio, a petición del fiscal.

Así mismo se establece en el referido tipo penal que si el hecho de destruir, alterar y evadir el dispositivo telemático, se realiza con violencia a terceros se impondrán las sanciones de 5 a 10 años de prisión y multa de Q.25,000.00 a Q. 50,000.00 aumentadas al doble. Esa violencia (Art. 1 numeral 4, Disposiciones generales CP) se puede ejercer en forma psicológica (*Vis compulsiva*) en modalidad física (*Vis absoluta*) sobre una o varias personas, obligadas a

participar en la destrucción del dispositivo. Ésta cualificación del delito, en la praxis desde la óptica del Ministerio público se podría asociar a otros delitos en concurso real, por ejemplo, con el de portación ilegal de arma de fuego de uso civil/o deportivas o el de violencia contra la mujer en su manifestación psicológica, entre otros.

No se descarta, que el procesado o condenado, que está procesado por este delito de destrucción, alteración y evasión de dispositivo electrónico de control telemático, se someta al procedimiento especial de aceptación de cargos, para obtener la rebaja de la pena atendiendo al momento procesal de la aceptación, que, por cierto, para los usuarios del IDPP les es más beneficioso y se inclinan más por este procedimiento que por el dispositivo del control telemático. Tómese nota que la aceptación de cargos solo aplica a las penas principales (Art. 491 Quater, literal e) del CPP) y para el caso del delito que se estudia, el marco sancionador es de 5 a 10 años de prisión y multa de Q.25,000.00 a Q.50,000.00, por lo que la rebaja es tanto para la prisión y multa como penas principales, este criterio se debe defender ante el juez y fiscalía, no aceptando que la rebaja solo opere en la prisión no así en la multa, esa es una mala práctica, pues al tenor del principio de la estricta legalidad, se reitera que la aceptación de cargos aplica a penas principales (prisión y multa art. 41 Código Penal) y si el juez rebaja solo la prisión y no la multa, estaría vulnerando el precepto 491

Quater, literal e) del CPP al interpretarlo indebidamente, ese es el agravio, en una defectuosa sana crítica razonada del juzgador.

Hoy en día, los avances tecnológicos se encuentran al alcance del ciudadano, producto de la globalización informática, tecnologías que se pueden adquirir en línea, por ejemplo, comprar un bloqueador de señal, con la finalidad de que el portador del dispositivo telemático no sea monitoreado, sustrayéndose así de la zona de inclusión, inclusive, con el objetivo de darse a la fuga. Esa acción causal de bloquear el dispositivo ¿En qué verbo rector se tipifica este delito?, pues esa conducta queda subsumida en el verbo “evadir”, allí ingresan diversas formas o modos de evasión, por lo tanto, es un verbo abierto, sin embargo, se respeta el mejor criterio del defensor en este punto.

Por su parte el artículo 11 de la LCT, tipifica el delito de Cooperación de destrucción, alteración y evasión de dispositivo de control telemático, que está dirigido a un tercero que ayuda al portador del dispositivo telemático a destruirlo, alterarlo o evadirlo, con un marco sancionador privilegiado de 3 a 6 años de prisión y multa de Q.10,000.00 a Q.20,000.00. A este párrafo es factible aplicar algunas reflexiones del delito anteriormente analizado.

Un aporte a manera de ilustración, es que en el último párrafo de este tipo penal se aumenta la sanción al doble si es un funcionario

público el cooperante en destruir, alterar o evadir el dispositivo telemático, a esta cualidad se le conoce doctrinariamente como el “*intraneus*” término que se utiliza para exigir determinada cualidad del sujeto activo en la comisión de un delito, verbigracia, en el de prevaricato, artículo 462 CP, imputable solo a la calidad de juez, que dicta resoluciones contrarias a la ley, él es un funcionario público judicial, ésta tipología delictual se denomina “delitos especiales” por requerir de esa cualidad especial en el sujeto activo y a *contrario sensu*, si el cooperante es un particular se está a presencia del llamado “*extraneus*” que es la persona que no tiene la condición de funcionario público y por lo tanto no se le debe equiparar a empleado público, este es el punto medular de esta teoría, que rechaza asimilar al particular como servidor público y propone que el delito presuntamente cometido por el particular debe ser diferente al delito imputado al funcionario público.

7. El desafío del defensor

La práctica, confirma o refuta el espíritu de la Ley de implementación del control telemático en el proceso penal, que es descongestionar los centros carcelarios mediante una salida alterna a la prisión mediante el dispositivo telemático.

En algunos casos el juez no otorga la medida sustitutiva acompañada del control telemático, pues la víctima reside cerca de la vivienda del procesado, ante esta situación lo aconsejable es que cambie el sindicado de morada o bien se traslade con un

familiar. Por su parte el fiscal se opone ante el juez, a que no se otorgue la medida sustitutiva con el dispositivo por existir peligro de fuga, ante lo cual se rechaza la solicitud de la medida acompañada con el control telemático, criterio que raya en lo absurdo, pues la finalidad del control telemático, es desvanecer esos peligros de fuga o de obstaculizar la investigación, al monitorear al sujeto portador.

Otro motivo de rechazo a la revisión de la medida de coerción de la prisión preventiva por una medida sustitutiva con dispositivo telemático, es debido a que el fiscal argumenta que “las circunstancias primitivas no han variado”, de conformidad con el artículo 277 del CPP. La polémica surge si realmente es requisito *sine qua non* para otorgar la medida sustitutiva con control telemático, que las circunstancias primitivas que motivaron la prisión hayan variado. Es criterio del ponente, que, si se recurre al dispositivo de control telemático, de hecho, se está variando las circunstancias primitivas que justificaron la prisión preventiva, ya no existiendo el peligro de fuga o de obstaculización a la investigación, pues el sujeto portador está monitoreado en las zonas de inclusión, prevención y exclusión.

Situación diferente se presenta en aquellos usuarios del Instituto que tiene varios procesos en trámite, que implica una combinación entre delitos menos graves, graves y de mayor riesgo, por lo que es lógico que de nada serviría que en un proceso le otorguen una

medida sustitutiva con el dispositivo telemático, si en otro proceso por el tipo de delito imputado no procede otorgar una medida sustitutiva.

Ciertos usuarios del Instituto, no tienen residencia fija ni familiares, están en condición de calle, lo que es un problema en fijar una vivienda, para monitorear al sujeto portador, pues desde ese punto fijo se han de desplazar en la zona de inclusión.

Los anteriores ejemplos, generan un desafío para los defensores que se deben superar para que el juez acceda a otorgar un sin número de medidas sustitutivas con dispositivo telemático, producto de estudios socioeconómicos, incluso, el desafío de sensibilizar al juzgador, pero la actitud valerosa del defensor triunfará ante las adversidades y sirva este trabajo para comprender la operatividad del dispositivo de control telemático y sus bondades, en favor de los usuarios del Instituto de la Defensa Pública Penal.

Referencias bibliográficas

- Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia 30 - 2023
- Acuerdo número 30-2023 de la Corte Suprema de Justicia
- Acuerdo 89 -2023 del Ministerio de Gobernación
- Acuerdo Ministerial número 280- 2023, que se titula Normativa de coordinación institucional para la aplicación del control telemático en el proceso penal
- Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 7 de septiembre del 2004, numeral 106
- Circular 004 -2024 de la Coordinación Departamental de Guatemala, IDPP
- Código penal
- Código procesal penal
- Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Guatemala Situación de los derechos humanos en Guatemala. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, año 2017

- Informe sobre Mujeres privadas de libertad en las Américas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, año 2023
- Ley de implementación del Control telemático en el proceso penal
- 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad

Informes periciales con perspectiva de género

M.Sc. Jeydi Maribel Estrada Montoya

En nuestro país el ente encargado de realizar los informes periciales es el Instituto Nacional de Ciencias Forenses, sin embargo, el Instituto de la Defensa Pública Penal para apoyar al defensor público en sus estrategias de defensa cuenta con la Coordinación de Apoyo Técnico que a su vez cuenta con las secciones de Análisis de información, trabajo social, psicología, antropología forense, medicina Forense.

Entre las definiciones de dictamen pericial encontramos las siguientes: “el documento que resume todo el trabajo de criminalística y peritaje realizado en la investigación de un hecho delictivo” (Enciclopedia CCI Criminalística, Criminología e investigación, 2010).

“Documento en el cual el perito produce, ante autoridad competente que conoce del litigio o investigación, su juicio u opinión sobre los puntos controvertidos que fueron sometidos y que servirán de base para forjar un criterio al juzgador” (M. & A, 2008)

La prueba pericial es el criterio que aporta un perito en un proceso judicial para interpretar un hecho determinado. El objetivo de la prueba pericial es proporcionar información sobre lo sucedido en un hecho criminal a partir de estudios científicos realizados muchas veces a los indicios encontrados en la escena del crimen.

La finalidad de la prueba pericial es analizar un hecho determinado y presentar el resultado dentro de un proceso judicial. El perito de esta manera da su respuesta dentro del proceso. El perito debe dar las conclusiones a las que ha llegado lo cual auxilia al juez con datos para poder juzgar un caso determinado.

Los informes periciales en el proceso penal son de suma importancia para los jueces y juezas al resolver las causas judiciales, puesto que su resolución es más fundamentada en forma científica al contar con estos informes y no solo basarse en la prueba testimonial que ha sido tan cuestionada.

En la página de la Universidad en internet Unir se indican como características y requisitos formales los siguientes: (Unir la universidad en internet, 2024)

- Debe ser realizada por una persona con conocimientos probados dentro del área específica que se quiere analizar.
- La explicación debe ser clara y objetiva y debe ceñirse a los hechos que se quieren aclarar.
- El perito tiene que ser imparcial; no puede mantener ningún tipo de relación con ninguna de las partes implicadas en el proceso.

Entre los requisitos formales podemos mencionar:

- La descripción exhaustiva del objeto de estudio
- Las operaciones realizadas y sus resultados
- Los medios científicos y técnicos utilizados
- La conclusión a la que se ha llegado.

El trabajo del perito es de suma importancia y de mucha responsabilidad pues de un peritaje puede depender la libertad de una persona y en nuestro país que aún se encuentra regulada la pena de muerte, hasta la vida, es por ello que el trabajo del perito debe ser especializado y objetivo.

Tipos de pruebas periciales:

Se explicarán en este artículo algunas de las pruebas periciales con las que cuenta el Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala (Instituto Nacional de Ciencias Forenses, 2024)

Clínica Forense:

Efectúa pericias relacionadas con evaluaciones médicas a personas vivas. Determina sobre lesiones personales: mediante examen médico el daño que un agresor ocasiona a la integridad personal de un individuo (lesiones), Evalúa si una persona pudo haber sido víctima de una agresión sexual.

Odontología Forense:

Determina lesiones personales en cavidad oral, dictamina sobre la edad cronológica e identifica a personas fallecidas mediante cotejo de su dentadura con la ficha dental.

Psiquiatría Forense: Determina la imputabilidad del sospechoso.

Tanatología Forense:

Realiza necropsias médico-legales para establecer la causa de la muerte y recolectar indicios que orienten al investigador, así como individualizar a la persona. Efectúa necropsias médico-legales a cadáveres exhumados por orden de autoridad competente.

Histopatología Forense:

Realiza estudios de células y tejidos para determinar la presencia o desarrollo de procesos patológicos que pudieran haber incidido en casos cuyo contexto debe ser aclarado desde la perspectiva médico legal.

Antropología y Arqueología Forense:

Realiza análisis e interpretación de restos humanos, según los distintos grados de esqueletización, con fines de necroidentificación y causa de muerte; reconstrucción del perfil astrobiológico en cuanto edad, sexo, talla ancestral, rasgos individualizantes y trauma perimortem.

Psicología Forense:

Determina secuelas dejadas por agresión sufridas por la víctima o estado del individuo al agredir.

Laboratorios de criminalística**Acústica Forense**

En el laboratorio de acústica del INACIF se realizan peritajes de análisis de voz con el objeto de establecer si las muestras objeto de análisis son aptas o no, para un estudio comparativo (cotejo de voz), para concluir la correspondencia o exclusión entre las características de la voz. Utilizando para ello, métodos y técnicas cualitativas y cuantitativas validados en el ámbito forense internacional; siendo así una herramienta trascendental en la investigación criminal.

Documentoscopia Forense

Es la encargada de realizar pericias a efecto de determinar alteraciones de documentos u cotejo de grafías y firmas. Puede determinar alteraciones en escrituras, protocolos, licencias, pasaportes, papel moneda entre otros muchos, sin incluir la capacidad con que se cuenta de determinar si algún texto fue o no escrito por la persona de la que se sospecha o si una firma fue o no elaborada por la persona a quien se le adjudica.

Balística Forense

Es la encargada de realizar peritajes propios de balística comparativa e identificativa, específicamente coteja los indicios ubicados en escena o en el cuerpo de la víctima con elementos indubitados generados por el arma sospechosa. Puede llegar a determinar con certeza si fueron o no disparados por el artefacto, generando con ello aportes de mucha implicación en investigaciones criminales.

Toxicología Forense

Encargada de realizar análisis sobre fluidos tomados de personas vivas o cadáveres, con el fin de determinar presencia de sustancias que pudieran causar daños o la muerte, normalmente la búsqueda de las sustancias enfoca drogas de abuso y alcohol.

Sin duda son variados los peritajes que se realizan en el Instituto Nacional de Ciencias Forenses sin embargo es preciso abordar estos peritajes con perspectiva de género, es por ello que en este artículo nos referiremos a la necesidad, importancia y utilidad de la perspectiva de género en las ciencias forenses pues una de las dificultades que se han tenido es lograr la sensibilización de las personas que desde sus ámbitos técnicos y científicos deben aplicar la perspectiva de género, es decir cuando en el caso de la Defensa Pública Penal las personas inculpadas se encuentran en una situación de vulnerabilidad por motivos de género.

En el caso de la violencia contra las mujeres, la Organización Mundial de la salud en 2017 señala que una de cada tres mujeres en el mundo han sufrido violencia física y/o sexual por terceros, esto nos permite entender por qué cuando nos referimos a la perspectiva de género en el sistema de justicia se le da más atención a la justicia para las mujeres, esto sin embargo no significa dejar de lado que la perspectiva de género es más que eso, pues la perspectiva de género nos permite visualizar las condiciones de identidad sociocultural de las personas fuera de su sexo.

Es por ello que en el caso Algodonero versus México la Corte Interamericana ha resaltado la importancia de la perspectiva de género en los informes periciales pues la sentencia dejó en evidencia la ineficiencia, carencia y ausencia de pruebas científicas con perspectiva de género. Se determinaron deficiencias en la custodia de la escena del crimen, en la recolección y manejo de evidencias, elaboración de autopsias, la práctica de pruebas de ADN y en la identificación y entrega de restos a las víctimas. Específicamente la Corte Interamericana en su sentencia señaló las siguientes deficiencias (Caso González y otras (campo algodouero) vs. México, 2009):

- a) Inapropiada preservación del lugar del hallazgo (falta de precisión de las circunstancias del hallazgo de los cadáveres, poca rigurosidad en la inspección y salvaguarda de la escena del crimen)

- b) Procesamiento no exhaustivo de evidencias recabadas (indebido manejo y métodos no acordes para preservar la cadena de custodia)
- c) Falta de diligencias periciales sobre indicios probatorios

Resulta de vital importancia entonces que los informes periciales cuenten con perspectiva de género pues por tratarse de temas penales los valores que se protegen son delicados y las consecuencias de su no aplicación son fatales, a lo anterior agregamos si las sindicadas por su condición social, racial, económica o por su propio género se encuentran en situación de desventaja frente a su entorno social, una falla en la prueba no solo es trascendental sino nefasto, tal es el caso de la causa C-13002-2020-181 del departamento de Huehuetenango en donde una joven mujer es acusada de dar muerte a su bebé de 4 días de nacida, un informe psiquiátrico sin la más mínima perspectiva de género no evidenció toda la situación emocional que vivía la sindicada después de haber dado a luz un bebé producto de una violación, tampoco evidenció todos los cambios hormonales, psicológicos y físicos que viven las mujeres después del parto y con la agravante que el informe psiquiátrico indica que la sindicada no tuvo depresión post parto habiéndola evaluado casi un año después de los hechos, cuando ya no era posible establecer si en el momento de los hechos sufrió depresión post parto, sino indicó en forma tajante sin evidencia científica que la sindicada no había

sufrido depresión post parto, lo cual hizo la diferencia entre una posible sentencia absolutoria y 25 años de cárcel.

La perspectiva de género en la práctica pericial consiste en el análisis integral del caso, es decir, el personal técnico y científico debe enfocarse en un contexto social, y ese es precisamente el contexto que da sustento a su obligación y posibilidad de actuar con perspectiva de género. Los peritos actúan con perspectiva de género cuando son sensibles al caso en su realidad y cuando realizan las investigaciones periciales extensas, amplias y completas ya que las personas involucradas: víctimas o inculpadas, pueden encontrarse en una situación de vulnerabilidad en razón de su género.

Aplicar la perspectiva de género en los peritajes forenses implica dirigir la investigación hacia datos o circunstancias que puedan dar pautas de la existencia de violencia de género ya sea por particulares o institucionales, ya que al investigar la historia previa de las personas o en las causas que han originado el daño de lesiones o muertes, es necesario tomar en cuenta los contextos y escenarios en los que ocurrieron los hechos, siendo lo mejor que estos indicadores se encuentren establecidos en protocolos de actuación que a su vez se basen en evidencia.

Esto requiere que los peritos tengan el conocimiento anterior de las características que presenta la violencia de género para

poder identificarlas cuando realicen sus peritajes. Ya que de otra manera no podrían reconocer un elemento que esté relacionado con el delito sino se conoce la problemática de la violencia de género y la teoría de género.

Es por ello que el perito para poder aplicar en sus peritajes la perspectiva de género debe tener los siguientes conocimientos:

- a) Conocer la teoría de género y la violencia de género: orígenes, expresiones, clases y características;
- b) Utilizar la metodología de género, especialmente la propuesta por la Dra. Alda Facio en su libro cuando el género suena cambios trae.

Bajo este parámetro la metodología de género complementado con las técnicas de cada una de las especialidades permite el conocimiento de los hechos investigados que están relacionados con violencia o con elementos de género.

Aplicar la metodología de género en las ciencias forenses no solo es posible, sino que es compatible, congruente con la metodología científica pues se complementan, ya que se trata de contar con el conocimiento previo y la capacidad de identificar en un caso la existencia de elementos de género o contextos de violencia.

El perito cuando realiza su dictamen es responsable de actuar bajo una visión amplia aplicando metodologías científicas en el contexto de los casos y de la fiabilidad de las pruebas, es por ello importante que conozca la metodología de género para que lo pueda aplicar en sus peritajes.

Al hablar de la prueba pericial podemos decir que es la opinión que aporta un perito basado en sus conocimientos técnico-científicos en un proceso judicial para explicar un hecho determinado.

Al hablar de prueba pericial podemos decir que es la declaración de un perito quien aporta conocimientos a un juez para que este pueda entender una realidad que no es constatable por él, es por ello que esta prueba pericial debe ir dotada del conocimiento científico y de género en los casos que aplique para que permita al juez poder realizar un análisis objetivo de un caso en un proceso judicial.

La finalidad de esta prueba es examinar a fondo un hecho determinado y los resultados se presentan dentro del proceso judicial, el perito presenta las conclusiones a las que ha llegado en un peritaje, esto permite al juez tener más datos para poder juzgar un caso.

Algunas características de la prueba pericial pueden ser las siguientes:

- a) Debe ser realizada por una persona que posea los conocimientos probados en el área específica que se quiere analizar y en metodología de género (Montejo, 1992)
- b) La explicación debe ser clara y objetiva
- c) El perito tiene que ser imparcial

En relación al dictamen pericial, este debe cumplir con una serie de requisitos como:

- a) La descripción del objeto de estudio
- b) Las operaciones realizadas y sus resultados
- c) Metodología utilizada, científica y de género
- d) Conclusiones

El Código Procesal Penal guatemalteco en el artículo 234 indica que el dictamen del perito deberá ser fundado y contendrá una relación detallada de las operaciones practicadas y sus resultados, las observaciones de las partes o de sus consultores técnicos y las conclusiones que se formulen respecto de cada tema pericial, de manera clara y precisa.

La prueba pericial es de ayuda en el proceso judicial para comprender hechos complejos, conductas de personas o el funcionamiento de determinados objetos, su función principal es analizar el hecho y aportar una interpretación técnica.

Podemos concluir entonces que los peritajes forenses con enfoque de género son evaluaciones técnicas realizadas por expertos en diferentes disciplinas con el objetivo de analizar y documentar evidencias relacionadas con casos judiciales, teniendo en cuenta las diferencias de género y las posibles implicaciones que estas puedan tener en el análisis de la evidencia y en la toma de decisiones judiciales.

La metodología de género en las ciencias forenses busca identificar y prevenir posibles sesgos de género en la investigación y en la interpretación de la evidencia forense. Algunos aspectos que pueden ser considerados en los peritajes forenses con enfoque de género incluyen:

- a) Identificación de posibles prejuicios de género en la recolección y análisis de la evidencia la Corte Interamericana en el caso algodón versus México ha indicado que resulta necesario asegurar que las investigaciones y enjuiciamientos por hechos de violencia de género o que tengan como imputadas a mujeres y personas LGBTIQ+, se realicen de acuerdo a estrictos estándares de debida diligencia y sin estereotipos de género ni de ninguna clase, de tal forma de no comprometer la garantía de imparcialidad ni el deber de objetividad. Indica la Corte Interamericana que el realizar las investigaciones en esta línea se favorece la protección contra la discriminación por motivos de género, garantizando el derecho a un acceso

a la justicia más amplio y contribuye a evitar que este tipo de violencias se mantengan impunes.

- b) Análisis de cómo las diferencias de género pueden influir en la percepción de los hechos y en la interpretación de la evidencia. El riesgo para un observador como el o la perito, es la valoración cultural de la conducta de otra persona según las pautas de su propia cultura pues de esta manera se disipa lo específico de la opinión pericial y se pierde la garantía por los derechos humanos de la persona que ha sido objeto del peritaje.

La actividad pericial es un ejercicio de intersubjetividad y es la consideración o evaluación de otra persona, a partir de hechos y situaciones propias y ajenas o de estados y conductas propias, es por ello que el o la perito deben tener sumo cuidado en que estos valores, prejuicios o estereotipos no influyan en sus pericias.

Género y perspectiva de género denominan valores que radican en la dignidad de la persona, son instrumentos que se originan en la igualdad y buscan corregir la discriminación que determina desigualdades. Por considerarse valores es necesario implementarlos desde el diseño de políticas públicas al trato cotidiano no se diga en los procedimientos para la elaboración de los peritajes forenses.

- c) Evaluación de posibles impactos de la violencia de género en la salud física y mental de las personas involucradas en un caso: Es muy importante que el perito o la perito indaguen en que si la persona objeto de estudio ha sido víctima de violencia y sobretodo de cómo esta situación ha impactado en la salud física y mental de las personas y que puedan tener incidencia en el delito.

Pero para poder indagar sobre este tema el perito debe tener conocimientos teóricos de qué es la violencia, clases de violencia y cómo se manifiesta, pues muchas veces nos centramos en la violencia física cuando la violencia puede ser también económica, psicológica y sexual, también tiene que tener el suficiente rapport con la persona peritada para que ésta le tenga la confianza como para aceptar que ha sufrido violencia, situación que muchas veces no se logra con solo una entrevista.

La violencia experimentada por mujeres acusadas de delito puede tener múltiples impactos, tanto a nivel individual como en la sociedad en general. Algunos ejemplos sería que origina un trauma emocional, pues puede manifestarse en ansiedad, depresión, estrés post traumático, se encuentran inmersas en el círculo de violencia que muchas veces sin ayuda no pueden salir de él. En la autoestima pueden sentirse culpables y avergonzadas lo que dificulta para buscar ayuda. Las mujeres

que experimentan violencia tienen dificultades para interactuar con el sistema legal, pueden enfrentar prejuicios y estereotipos basados en género lo que puede afectar su acceso a la justicia.

- d) Consideración de factores culturales y sociales relacionados con el género que puedan influir en el caso. Es necesario que el perito forense como parte de incorporar la perspectiva de género tome en cuenta el contexto cultural y social en que sucedieron los hechos pues no es la misma situación por la que pueda atravesar una mujer en la ciudad como en el área rural.

Debido a que las normas culturales, sobre lo que se considera apropiado para hombres y para mujeres pueden ser diferentes en las distintas sociedades, un ejemplo, sería que en algunas culturas se espera que los hombres sean fuertes y dominantes mientras que se espera que las mujeres sean sumisas y cuidadoras.

Al considerar factores culturales y sociales relacionados con el género en un caso, es importante ser consciente de las complejidades y variaciones dentro de una sociedad, así como estas influencias pueden interactuar con otros aspectos del caso.

- e) Recomendaciones para garantizar una investigación imparcial y equitativa que tenga en cuenta la perspectiva de género. Garantizar una investigación criminal imparcial y equitativa que tome en cuenta la perspectiva de género es crucial para el sistema de justicia, pero para lograr esto es necesario como ya lo hemos indicado la sensibilización y formación en el tema, desarrollar protocolos claros y específicos que guíen a los peritos en la recolección y análisis de datos teniendo en cuenta las diferencias de género, formar equipos multidisciplinarios que incluyan expertos en género, psicólogos y trabajadores sociales, monitoreo y evaluación continua para asegurar que se cumplan los estándares de imparcialidad y equidad de género

Al seguir estas recomendaciones lograríamos una investigación criminal más justa y sensible a los temas de género, contribuyendo así a la construcción de un sistema de justicia más equitativo y eficaz.

Referencias Bibliográficas

- Caso González y otras (campo algodoner) vs. México, Serie C No. 205 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 16 de noviembre de 2009).
- Enciclopedia CCI Criminalística, Criminología e investigación. (2010). Bogota: Colombia Sigma Editores.
- *Instituto Nacional de Ciencias Forenses*. (08 de 05 de 2024). Obtenido de <https://www.inacif.gob.gt/index.php/servicios/nuestros-servicios>
- M., N. L., & A, G. C. (2008). *Diccionario Terminológico de Ciencias Forenses*. México: Trillas.
- Montejo, A. F. (1992). *Cuando el género suena cambios trae*. Costa Rica: Ilanud.
- *Unir la universidad en internet*. (25 de 04 de 2024). Obtenido de Unir la Universidad en Internet: <https://www.unir.net/salud/revista/prueba-pericial/#:~:text=La%20prueba%20pericial%20es%20la,realidad%20no%20constatable%20por%2%C3%A9l>.

Control de convencionalidad en defensa pública y eficaz

Dr. José Gustavo Girón Palles

Resumen

El artículo trata sobre dos casos llevados ante el sistema interamericano de derechos humanos. En el caso Ruano Torres vs. El Salvador, hubo falta a la diligencia debida en el ejercicio de la defensa, en una audiencia de reconocimiento de personas, en donde no se protestó por vicios procesales, que contenía ese acto procesal. Esta diligencia como anticipo de prueba fue la base de la sentencia condenatoria, que la defensa pública no impugnó.

Para el caso Álvarez vs. Argentina, en la etapa del juicio o debate, la defensora pública tenía la defensa de un acusado, y por renuncia de la defensa privada, el tribunal, le asigna la defensa de otro acusado, sin darle tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, vulnerando también el derecho del inculpado a designar defensor de su confianza. La defensora interpuso los recursos de reposición procedentes, que fueron declarados sin lugar por el tribunal. La sentencia fue condenatoria, que después de cambios en la defensa privada y pública, no se interpuso ningún recurso extraordinario en contra de la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Casación Penal. En ambos casos la Corte Interamericana de Derechos Humanos, encontró violación al derecho de defensa de parte del Estado, tanto de las defensorías públicas, como de las autoridades judiciales que no velaron por el cumplimiento y efectividad de este derecho humano, Palabras claves. Defensa pública, eficacia y eficiencia, diligencia debida, derecho de defensa, protección judicial, impugnaciones.

Summary

The article deals with two cases brought before the inter-American Human Rights system. In the case of Ruano Torres v. El Salvador, there was a lack of due diligence in the exercise of the defense, in a hearing for the recognition of persons, where no protest was made regarding procedural defects, which that procedural act contained. This diligence as an advance of evidence was the basis of the conviction, which the public defense did not challenge.

For the case Álvarez v. Argentina, at the trial or debate stage, the public defender had the defense of an accused, and due to the resignation of the private defense, the court assigned her the defense of another accused, without giving her time and resources. adequate means for the preparation of his defense, also violating the right of the accused to appoint a defender of his confidence. The defender filed the appropriate appeals for reconsideration, which were declared inadmissible by the court. The sentence was condemnatory, and after changes in the private and public defense, no extraordinary appeal was filed against the sentence handed down by the National Chamber of Criminal Cassation. In both cases, the Inter-American Court of Human Rights found a violation of the right to defense on the part of the State, both the public defender's offices and the judicial authorities that did not ensure compliance and effectiveness of this Human Right.

Keywords. Public defense, effectiveness and efficiency, due diligence, right of defense, judicial protection, challenges.

Introducción

Esta investigación, se basa en dos sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relacionados con el tema de defensa pública en el ramo penal. En la primera se condenó al Estado de El Salvador, y en la segunda, se condenó al Estado de Argentina. El propósito de este trabajo, es encontrar las similitudes y diferencias en cuanto al tema de deficiencia, en diligencia debida del servicio de defensa pública, en el Salvador y Argentina, y otros subtemas como argumentación en diferentes fases del proceso penal, de personas, que necesitaron del servicio de defensa pública, para que las defensorías latinoamericanas, especialmente en el área penal tomen acciones a fin de prevenir nuevas denuncias ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y garantizar a la población una defensa eficiente y eficaz.

El objetivo es detectar algunas áreas que hay que fortalecer para optimizar esa noble labor de defender a personas que necesitan de ese servicio público de defensa penal, establecido en las garantías judiciales de derechos humanos, así como conocer el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre las obligaciones de los Estados en cuanto, a los derechos de defensa, y protección judicial.

Metodología

Se describirán en cada caso, los derechos que la Corte declaró vulnerados por los Estados antes descritos, los hechos penales o antecedentes, por los cuales fueron procesados las personas que aparecen como víctimas de violaciones a los derechos humanos, y en el desarrollo de las partes conducentes del proceso penal, se detectarán en qué partes del proceso penal, se vulneró el derecho de defensa, y el de protección judicial, desde el punto de vista de la defensa, sobre lo que se propone el deber ser de las actuaciones, y conocer la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de los derechos vulnerados por los Estados.

Por supuesto, a pesar que cada Estado latinoamericano tiene el sistema acusatorio, habrá algunas pequeñas diferencias de procedimiento, cuyos comentarios se realizan, desde la óptica de la legislación procesal penal guatemalteca, por lo que corresponde al lector de otros países interpretar los momentos procesales similares.

Caso Ruano Torres vs. El Salvador

Sentencia dictada el 5 de octubre de 2015. En la parte resolutive la Corte Interamericana de Derechos Humanos, decide aceptar el reconocimiento de responsabilidad del Estado de El Salvador, y declara la violación de los derechos a la integridad personal y prohibición de la tortura, reconocidos en el Artículo 5.1 y 5.2; Derecho a la protección judicial reconocido en el Artículo 25.1;

derechos a la presunción de inocencia, reconocido en el Artículo 8.2; derecho a la libertad personal reconocidos en el Artículo 7.1, 7.3 y 7.6; derecho de defensa y a ser oído con debidas garantías, reconocidos en el Artículo 8.1, 8.2, d) y 8.2. e), en relación a las obligaciones contraídas en el Artículo 1,1 de la Convención; todos los artículos anteriores de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan los derechos vulnerados en perjuicio del señor José Agapito Ruano Torres.

Asimismo, el derecho a la integridad personal, reconocido en el Artículo 5.1 del Pacto de San José, en perjuicio de María Maribel Guerra de Ruano, Oscar Manuel Ruano Guevara, Keily Lisbeth Ruano Guevara y Pedro Torres Hércules. La primera esposa, el segundo y tercera hijos, y el cuarto primo, todos del señor José Agapito Ruano Torres. En este artículo solo se tratará sobre la vulneración al derecho de defensa y al derecho a ser oído con las debidas garantías, así como al derecho a la protección judicial.

Antecedentes del caso

José Agapito Torres fue detenido en su residencia por el delito de secuestro en la madrugada del día 17 de octubre de 2000, cuando se encontraba con su esposa e hijo de 2 años de edad. Durante la detención fue torturado. Los agentes de la policía, lo confundieron con la persona que buscaban, quien tenía el apelativo de “*El Chopó*” y medía 1.55 metros de estatura, de apellido Ruano Torres, de acuerdo a la información que proporcionó una persona de nombre

Francisco Javier Amaya, que se encontraba detenido y que indicó haber participado en el secuestro del señor Rodríguez Marroquín. No obstante, que en el momento de la detención el señor Agapito, éste les indicó a los agentes captores que él no era *el Chopo*, sino su hermano, y que él los podría llevar a donde él vivía. Los agentes procedieron a detenerlo y a registrar su casa en busca de alguna evidencia, pero no encontraron nada para vincularlo, ya que únicamente tenían la declaración del supuesto copartícipe.

El 20 de octubre de 2000 se realizó la audiencia inicial¹ en el Juzgado de Primera Instancia de Tonacatepeque, y don Agapito fue asistido por dos defensores públicos, quienes en dicha audiencia solicitaron el sobreseimiento, mismo que fue denegado por el juzgado, y decidió mantener la prisión provisional de todos los imputados. Es de hacer notar, que en esta audiencia José Agapito Ruano Torres, y los demás procesados, no prestaron su declaración. Este juzgado dictó auto de instrucción formal en contra de los imputados. (Párrafo 72 de la sentencia) El defensor público que asistió a don Agapito Ruano Torres, debió aconsejarle que declarara, para que ejerciera su derecho material de defensa; sin embargo, se interpreta que el criterio de la defensa, en la audiencia inicial, fue que el imputado se abstuviera de declarar.

1 La audiencia inicial regulada en el Artículo 297 del Código procesal penal de El Salvador, equivale a la audiencia de primera declaración que se desarrolla en el Artículo 82 del Código procesal penal de Guatemala.

Reconocimiento de personas

El 11 de enero de 2001, se realizó una diligencia de reconocimiento en fila de personas, en la que Rodríguez Marroquín (la víctima de secuestro), reconoció a la persona que llevaba el número dos, quien manifestó llamarse Agapito Ruano Torres. Posteriormente el 19 de abril de 2001, se cambió a la defensora pública que llevaba el caso de don Agapito, y este manifestó por medio de un escrito ante el Tribunal Segundo de Sentencia de San Salvador, que la nueva defensora se negó a protestar, cuestionar el reconocimiento en rueda de personas, porque “perjudicaría a su compañero Corvera y [...] ya no se podía hacer nada y que eso se debió reclamar en el acto”. (CIDH, sentencia 5/10/2015, caso Ruano Torres vs. El Salvador, párrafo 78)

En cuanto al reconocimiento de personas, la ley adjetiva penal, señala que previo al reconocimiento, la persona que lo realiza debe describir con anterioridad a la persona que se pretende reconocer, se pondrá a la vista a quien se deba reconocer junto a personas de aspecto exterior similar; se preguntará a quien lleva a cabo el reconocimiento, si entre las personas se encuentra la que designó en declaración, y se le invita para que la ubique clara y precisamente; por último, quien lleva a cabo el reconocimiento expresará las diferencias y semejanzas que observa entre el estado de la persona señalada y el que tenía en la época a que alude su declaración o imputación anterior. (Artículo 246 Código Procesal Penal)

La ley constitucional, prohíbe la exhibición ante los medios de comunicación de las personas detenidas, antes que hayan prestado su primera declaración², para que cuando se realice el reconocimiento de personas en un juzgado como anticipo de prueba, tal diligencia no pueda ser impugnada. En el presente caso, se tiene información que los agentes captores presentaron ante los medios de comunicación a las personas capturadas por el secuestro, dentro de las cuales se encontraba Agapito Ruano Torres, la defensa pública no presentó protesta por esa vulneración al acto procesal de reconocimiento de personas.

Además, llama la atención, el dato de la estatura de la persona conocida con el nombre del “*El Chopo*”, quien, según Francisco Javier Amaya “describió a El Chopo como un individuo de 24 años de edad y de 1.55 metros de estatura, quien residía en el Cantón Colón de Guazapa” (Párrafo 53 de la sentencia), por lo que el 13 de octubre de 2000, el Jefe de la Unidad Antisecuestros de la División de Investigación Criminal, solicitó por escrito, copia del asiento de la cédula de identidad personal de Agapito Ruano, y quien en esa fecha tenía 24 años de edad, y medía 1,72 metros de estatura. “En dicha época se desempeñaba como albañil u obrero y vivía en la Lotificación Monte Cristo de la jurisdicción de Guazapa. (CIDH sentencia 5/10/2015, caso Ruano Torres vs. El Salvador, párrafo 57)

2 Artículo 13 Constitución Política de la República de Guatemala.

Como se puede observar, la defensa tenía información y con ello pudo presentar argumentos suficientes, para protestar inmediatamente, o después de este acto procesal, la nulidad de la diligencia de reconocimiento en fila (rueda) de personas, sin embargo, no lo hizo. Por lo que incurrió en pasividad en su gestión defensiva. Ante la pasividad de la defensa pública, el señor Pedro Torres Hércules, primo de don Agapito, realizó acciones de defensa de su primo.

El 19 de abril de 2001, el Ministerio Público presentó acusación en contra de Agapito Ruano Torres, por el delito de secuestro, y la defensora pública presentó un escrito ante el juzgado de la causa, ofreciendo testigos, y prueba documental para la audiencia preliminar³.

En dicho documento se manifestó que los testigos permitirían corroborar que José Agapito Ruano Torres no era *El Chopo* y que el día de los hechos se encontraba en un lugar distinto. La defensora adjuntó una serie de documentos y solicitó prueba para mejor proveer a fin de demostrar que José Agapito Ruano Torres se encontraba trabajando en la construcción de la escuela de Guazapa durante la fecha y hora del secuestro del señor Rodríguez Marroquín (CIDH, sentencia 5/10/2015, caso Ruano Torres vs. El Salvador, párrafo 81)

3 La audiencia preliminar del Artículo 357 del Código procesal penal de El Salvador, equivale a la audiencia en procedimiento intermedio en el Código procesal penal de Guatemala regulada en los Artículos 332 al 345.

Audiencia preliminar

Durante la audiencia preliminar de fecha 26 de abril de 2001, la jueza del Juzgado de Primera Instancia de Tonocatepeque, decretó la inadmisibilidad de dicha prueba, y sin lugar la solicitud de sobreseimiento pedido por la defensora pública a favor de don Agapito Ruano Torres, y abrió a juicio penal. En esa audiencia Agapito se abstuvo de declarar, y al finalizar la audiencia se manifestó indicando que él no era “*El Chopo*”, y que los policías lo involucraron amenazándolo de muerte. En esa audiencia la defensa pública solicitó la nulidad del anticipo de prueba presentado por la fiscalía, petición que fue declarada sin lugar. Además, solicitó el sobreseimiento definitivo, pero fue denegado por la juzgadora. En esta fase del procedimiento, la defensa pública realizó las solicitudes para favorecer al imputado, y aunque fueron declaradas sin lugar, hay evidencia de su actuación.

Audiencia pública

Durante la audiencia pública o debate, Agapito Ruano Torres, se abstuvo de declarar, y aunque se escucharon testigos que manifestaron que el día del secuestro, Agapito se encontraba trabajando con su hermano Roberto en la reconstrucción de una escuela hasta altas horas de la noche, y que el sobrenombre de “*El Chopo*” le corresponde a Rodolfo Ruano Torres, la sentencia fue condenatoria imponiéndole quince años de prisión, la pena accesoria de pérdida de derechos de ciudadano, y al pago de

cinco mil dólares por responsabilidades civiles. La condena se fundamentó en el reconocimiento que realizó la víctima Rodríguez Marroquín de los acusados incluyendo a Agapito Ruano Torres. Durante el juicio, nuevamente se observa que Agapito Ruano, no ejerció su derecho de defensa material, ya sea por estrategia de defensa o porque el tribunal se lo impidió, pues no se tiene acceso directo al expediente ni a los audios para establecer con claridad este extremo.

Fase de impugnaciones

La defensa pública, no interpuso ningún recurso en contra de la sentencia condenatoria en contra de José Agapito Ruano Torres, sino doce años después presentó recurso de revisión en contra de la sentencia, cuando la Comisión Americana de Derechos Humanos, había concedido audiencia a la República de el Salvador por la demanda presentada. Este fue declarado sin lugar.

El tema de las impugnaciones adquiere magnitud, cuando otros condenados en el mismo caso, interpusieron recursos de casación, y aunque fueron declarados inadmisibles, hay actividad recursiva de parte de ellos y sus defensores. Además, José Agapito Ruano Torres, de forma personal interpone en tres ocasiones recurso de revisión. El primero el 11 de agosto de 2003, sin auxilio de abogado, el cual dos días después fue declarado inadmisibile porque a criterio del Tribunal no se vulneró ninguna garantía constitucional. El segundo, interpuesto el 24 de septiembre de 2003 resuelto inadmisibile 5 días después, por considerarlo una

copia del primero. Y el tercero, el 22 de noviembre de 2006, el cual fue resuelto sin lugar cinco días después. (CIDH, sentencia 5/10/2015, caso Ruano Torres vs. El Salvador, párrafos 96 al 100 de la sentencia)

Resolución de la corte

En cuanto al derecho a la protección judicial

Al resolver la violación al derecho a la protección judicial, regulada en el Artículo 25.1 del Pacto de San José⁴, la Corte interpreta este artículo y destaca control de convencionalidad, señalada en otros casos resueltos por este alto tribunal, de la siguiente forma:

La Corte ha sostenido que la obligación del Estado de proporcionar un recurso judicial no se reduce simplemente a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aún a la posibilidad de recurrir a los tribunales, sino que es preciso que los recursos tengan efectividad en los términos del mismo, es decir, que den resultados o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, en la Constitución o en la ley. En ese sentido, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado,

4 Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia. Un recurso judicial efectivo es, por consiguiente, aquel capaz de conducir a un análisis por parte de un tribunal competente a efectos de establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y, en su caso, proporcionar una reparación. La existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”. (CIDH, sentencia 5/10/2015, caso Ruano Torres vs. El Salvador, párrafo 136)

En el caso concreto, las autoridades judiciales no consideraron las vulneraciones al debido proceso, que fueron denunciadas en diversos escritos durante el proceso penal, así como el rechazo de los recursos de revisión interpuestos por José Agapito Ruano Torres. El primero el 11 de agosto de 2003, el segundo el 24 de septiembre de 2003, y el tercero el 22 noviembre de 2006, de tal modo que resultaron inefectivos. Porque en la forma como fueron resueltos no condujeron a que el tribunal analizara si hubo o no violación a derechos humanos, y en su caso repararla.

En ese sentido, la Corte señaló que la violación del Artículo 25.1 de la Convención, no se configura porque la decisión no fue favorable a la persona que interpuso los recursos de revisión, sino a:

La falta de respuesta de las autoridades sobre el mérito de los alegatos, pues no se realizó un análisis por parte de las autoridades judiciales a fin de establecer si había sucedido o no una violación a los derechos humanos, tales como la presunción de inocencia y el derecho a la defensa, y, en su caso, proporcionar una reparación adecuada. (CIDH, sentencia 5/10/2015, caso Ruano Torres vs. El Salvador, párrafo 138)

En cuanto al derecho de defensa y a ser oído con las debidas garantías

Para establecer si hubo negligencia inexcusable o falla manifiesta, con base en casos resueltos por tribunales nacionales, la Corte propone como criterios no exhaustivos los siguientes:

- a) No desplegar una mínima actividad probatoria.
- b) Inactividad argumentativa a favor de los intereses del imputado.
- c) Carencia de conocimiento técnico jurídico del proceso penal.
- d) Falta de interposición de recursos en detrimento de los derechos del imputado.
- e) Indebida fundamentación de los recursos interpuestos.
- f) Abandono de la defensa. (CIDH, sentencia 5/10/2015, caso Ruano Torres vs. El Salvador, párrafo 166).

Al analizar la Corte la actuación de los defensores públicos, considera que no solicitaron la nulidad de la diligencia de reconocimiento de personas, pues hubo irregularidades relatadas por el imputado y su primo Hércules, “sobre la base que la víctima del delito había visto a los detenidos en los medios de comunicación”, pues esta diligencia como anticipo de prueba fue la base para la sentencia condenatoria.

Además, la defensa pública no presentó recurso contra la condena (*supra* párr. 93), que permitiera obtener el doble conforme por parte de un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica al que emitió la sentencia condenatoria. La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. En este sentido, la Corte resalta que tal omisión no se ve suplida por la presentación de un recurso de revisión una vez que la sentencia se encontraba en firme, el cual tiene causales de procedencia específicas y es resuelto por el mismo tribunal que dictó la sentencia. Resulta palmario en el presente caso que tales omisiones lejos de obedecer a una estrategia de defensa a favor del imputado actuaron en detrimento de los

derechos e intereses del señor Ruano Torres y lo dejaron en estado de indefensión, constituyendo una vulneración del derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor. (CIDH, sentencia 5/10/2015, caso Ruano Torres vs. El Salvador, párrafo 167)

Con este fundamento la Corte declaró la vulneración del derecho de defensa y a ser oído con debidas garantías, reconocidos en el Artículo 8.1, 8.2, d) y 8.2. e), pero se destaca que la vulneración del derecho de defensa no solo es atribuible a la Institución de Defensa Pública de el Salvador como órgano del Estado, por actuar sin la diligencia debida, sino también a las autoridades judiciales, quienes tienen la obligación de velar por el debido proceso, que incluye el derecho de defensa que debe gozar la persona que sea imputada y juzgada de un delito.

La Corte estima que la responsabilidad internacional del Estado puede verse comprometida, además, por la respuesta brindada a través de los órganos judiciales respecto a las actuaciones u omisiones imputables a la defensa pública. Si es evidente que la defensa pública actuó sin la diligencia debida, recae sobre las autoridades judiciales un deber de tutela o control. Ciertamente, la función judicial debe vigilar que el derecho a la defensa no se torne ilusorio a través de una asistencia jurídica ineficaz. En esta línea, resulta

esencial la función de resguardo del debido proceso que deben ejercer las autoridades judiciales. Tal deber de tutela o de control ha sido reconocido por tribunales de nuestro continente que han invalidado procesos cuando resulta patente una falla en la actuación de la defensa técnica. (CIDH, sentencia 5/10/2015, caso Ruano Torres vs. El Salvador, párrafo 168)

Caso Álvarez vs. Argentina

Sentencia de 24 de marzo de 2023. En la parte resolutive la Corte Interamericana de Derechos Humanos, decide aceptar el reconocimiento de responsabilidad del Estado de Argentina, desestimar la excepción preliminar relativa a la solicitud de control de legalidad de actuaciones de la Comisión, y declara que el Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial reconocidos en los Artículos 8.1, 8.2, 8.2.c, 8.2.d, 8.2.e, 8.2.f y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el Artículo 8.2.h, todos en relación a los Artículos 1.1 y 2 de la Convención, en perjuicio del señor Guillermo Antonio Álvarez. En este caso solo se tratará sobre la vulneración de los derechos al derecho de defensa y al derecho a ser oído con las debidas garantías, así como al derecho a la protección judicial.

Resumen de los hechos

En la causa No. 1048 se instruyó en contra de César Alberto Mendoza y Juan Antonio Álvarez, por los delitos “de “robo calificado por haber sido perpetrado con armas en cuatro oportunidades [...], [dos] homicidio[s] calificado[s] por haber sido perpetrado[s] para consumarlo y, consecuentemente, lograr la impunidad [, y] lesiones graves”. (Párrafo 63 de la sentencia). Los hechos ocurrieron entre los días 27 y 28 de junio de 1996, fecha en la que Mendoza era menor de edad, y Álvarez tenía dieciocho años.

Fase del juicio o debate

La defensora pública defendió al señor César Alberto Mendoza, pero el día del debate el Tribunal Oral de Menores, le asignó la defensa del señor Guillermo Antonio Álvarez, por lo que la defensora se opuso a llevar la defensa, con el argumento que el tribunal vulneraba el derecho de Álvarez al elegir abogado defensor de su confianza, incluso, que el acusado había pedido el plazo de diez días para nombrar nuevos abogados defensores, y ante la negativa del tribunal interpuso recurso de reposición, mismo que fue declarado sin lugar. Luego que lo tenía asignado, solicitó la suspensión del debate y que se le otorgara el tiempo suficiente para preparar la defensa de Álvarez, petición que declaró sin lugar el tribunal, por lo que la defensora presentó recurso de reposición, que fue declarado sin lugar por el tribunal.

Al iniciar el debate, la defensora pública solicitó al tribunal que ordenara que le quitaran las esposas o grilletes al acusado Álvarez, para que fuera juzgado libre de sus manos pues hasta ese momento se le consideraba inocente. Esta solicitud también fue denegada por el tribunal, por lo que la defensora vuelve a interponer recurso de reposición, mismo que fue declarado sin lugar. Como se puede observar, hasta este momento la actitud de la defensora pública ha sido asertiva, eficiente y eficaz.

El Tribunal Ordinario de Menores (TOM), el 28 de octubre de 1999, dictó sentencia condenatoria en contra de Álvarez y le impuso la pena principal de prisión en cadena perpetua, y la pena accesoria de prisión perpetua de acuerdo al Artículo 52 de Código Penal Federal que estaba vigente en 1995. No obstante que en su alegato final la defensora pública solicitó la pena mínima y argumentó que las penas de cadena perpetua eran inconstitucionales.

Sobre estos derechos conculcados, la Corte Interamericana se pronunció en la siguiente forma:

De esa cuenta, la Corte advierte que la decisión del TOM de no conceder el plazo solicitado por el señor Álvarez para nombrar abogado de su confianza y, consecuentemente, haber designado a la defensora pública oficial para que ejerciera su representación el mismo día del inicio de la audiencia de debate, vulneró el derecho del inculcado

a designar abogado defensor de su confianza. (CIDH, sentencia 24/03/2023, cao Álvarez vs. Argentina, párrafo 115)

En este párrafo la Corte, explica la vulneración del derecho regulado en el Artículo 2 d) de la Convención.⁵ Con el énfasis que la presunta víctima ya lo había solicitado antes del inicio de la audiencia del debate.

Respeto del derecho que tiene el inculpado al tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, contenido en el Artículo 8.2.c) de la Convención, la Corte consideró:

Asimismo, si bien el TOM intentó justificar su decisión en lo dispuesto por el Artículo 112 del Código Procesal Penal, no resultaba ajeno a la autoridad judicial la necesidad de garantizar al acusado el efectivo ejercicio de sus derechos en juicio, lo que indudablemente exigía conceder a aquel “del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa”, como reza el Artículo 8.2.c de la Convención Americana. En todo caso, la adecuada tutela del derecho de defensa de los justiciables hace imperativo para los tribunales de justicia una interpretación de la normativa procesal conforme a las exigencias del debido proceso, al texto mismo de la Convención y a la jurisprudencia de la

5 d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.

Corte Interamericana. De ahí que se considere violatorio al derecho de defensa la decisión del TOM de no conceder a la abogada del señor Álvarez del plazo prudencial para preparar su defensa. (CIDH, sentencia 24/03/2023, caso Álvarez vs. Argentina, párrafo 124)

Como recordará el lector, la defensora requirió un receso de una hora para dialogar con el señor Álvarez, y poder con ese escaso tiempo preparar una estrategia de defensa. Inmediatamente solicitó la suspensión del debate por el término legal para preparar la defensa, ante lo cual el tribunal resolvió negativamente, protestó por la vulneración de este derecho, e interpuso ante el TOM, recurso de reposición, que fue denegado.

Fase de impugnaciones

El 19 de noviembre de 1999, el defensor particular⁶ interpuso recurso de casación en contra de la sentencia condenatoria dictada por el tribunal ordinario de menores TOM), con los siguientes fundamentos: violación del derecho de defensa por no haber permitido al acusado el nombramiento de abogado defensor de su confianza, obligar a la defensora pública a ejercer su función sin conocimiento de los hechos, sin permitirle tiempo para preparar la defensa, se vulneró el derecho a la comunicación entre el acusado y su defensora, y el principio de inocencia al mantenerse engrilletado al acusado durante el debate, y señaló de

6 El señor Antonio Álvarez, después de la etapa del juicio o debate, decidió contratar nuevamente a un defensor particular.

inconstitucional la aplicación del Artículo 52 del CPF pues se basó en la peligrosidad de autor.

El TOM al resolver la admisibilidad del recurso, lo concedió parcialmente por el Artículo 52 del Código Penal Federal (CPF), y lo rechazó por los otros motivos argumentando que la defensora pública fue defensora del otro coimputado por los mismo hechos, y había sido defensora de Álvarez del 12 al 24 de agosto de 1999, y que durante el debate había demostrado conocimiento sobre las actuaciones, desvirtuando con ello que Álvarez estuvo en estado de indefensión. Sobre el ejercicio de la defensa sin conocimiento de los hechos, el tribunal resolvió que ese motivo no lo expuso la defensora pública cuando pidió que se suspendiera el debate para enterarse de las actuaciones.

En cuanto a que no se le dio suficiente tiempo para comunicarse con su patrocinado, indicó el tribunal que ella pudo comunicarse con él durante el receso. En relación a mantener esposado al acusado durante el debate, el tribunal argumentó que la defensora no se pronunció durante el juicio sobre ese aspecto. Respecto de las medidas de seguridad impuestas en la audiencia, indicó que las resolvió conforme el Artículo 336 del Código Procesal Penal. Sobre los motivos relacionados a la errónea aplicación de la ley sustantiva por error en la tipicidad, el tribunal indicó que el recurrente tenía una interpretación de los hechos diferente a los narrados por el tribunal.

A continuación, se tratarán las impugnaciones, desde dos recursos, el primero, la falta de promoción de impugnaciones contra la sentencia del 23 de junio de 2000 dictada por la Cámara Nacional de Casación Penal; y el segundo, el rechazo del recurso de queja promovido ante la Corte Suprema.

Falta de interposición de impugnaciones contra la sentencia del 23 de junio de 2000 dictada por la Cámara Nacional de Casación Penal

Con fecha 23 de junio de 2000, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, desestimó el recurso de casación, por el único motivo que el tribunal ordinario de menores concedió el recurso de casación, relacionada con las penas principal y accesoria de prisión perpetua, regulada en el Artículo 52 del Código Penal Federal. Posteriormente, los defensores privados renunciaron a la defensa de Álvarez, y el 15 de marzo de 2001, se dio intervención al defensor público oficial nombrado, y en escrito del 21 de marzo de 2001, se limitó a argumentar que:

“[e]n fecha muy posterior” a la notificación de la Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, “y sin haber articulado apelación alguna contra el fallo [...] renuncia[ron] al cargo encontrándose ya holgadamente vencidos los plazos para la deducción del remedio federal”. Ante ello, el defensor público oficial concluyó que “se enc[o]ntra[ba] agotada la posibilidad de un procedimiento recursivo de

carácter extraordinario contra el fallo [...] que rechazó el recurso de casación tratado por la Cámara”. A continuación, el tribunal, mediante Resolución de 26 de marzo de 2001, dispuso “[te]n[er] presente lo manifestado” por el defensor público oficial y ordenó la devolución de las actuaciones. (CIDH, sentencia 24/03/2023, caso Álvarez vs. Argentina, párrafo 147 de la sentencia)

Durante el tiempo que fue nombrado el defensor público oficial, no interpuso ningún recurso extraordinario en contra de la sentencia proferida por la Sala II de la Cámara Penal de Casación, cayendo de esta forma en inactividad recursiva. Y con fecha 29 de noviembre de 2001, Álvarez presenta un escrito que contiene recurso de revisión, por lo que el 18 de diciembre de 2001, se dio intervención a la Defensoría Oficial, y en abril de 2002, dicha defensoría presenta un escrito ante la Corte Suprema, donde indicó que el defensor público oficial: “lejos de arbitrar los medios necesarios para llevar adelante la voluntad recursiva que su asistido indudablemente había mantenido a lo largo del proceso, [...] únicamente puso de resalto que se encontraba agotada la posibilidad de un procedimiento recursivo”. (CIDH, sentencia 24/03/2023, caso Álvarez vs. Argentina, párrafo 148)

En este sentido, si bien es cierto que el defensor público oficial nombrado en el momento de las impugnaciones, no interpuso ningún recurso para hacer efectivo el derecho de defensa del señor Álvarez, también lo es que la vulneración a este derecho

no solo es responsabilidad del Estado por medio de la defensoría pública, sino que las autoridades judiciales, quienes al observar la pasividad o una defensa pública deficiente, debieron garantizar al acusado que su defensa sea eficaz, utilizando los controles que tenga a la mano, como pedir a la defensoría otro defensor o defensora para hacer efectivo el derecho de defensa y protección judicial. Es por ello que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró:

Al respecto, la Corte recuerda que la responsabilidad internacional del Estado puede verse comprometida por la respuesta brindada por medio de los órganos judiciales frente a las actuaciones u omisiones imputables a la defensa pública. Así, en los casos en que es evidente que la defensa pública actuó sin la diligencia debida, recae sobre las autoridades judiciales un deber de tutela o control. En efecto, la función judicial debe vigilar que el derecho a la defensa no se torne ilusorio a través de una asistencia jurídica ineficaz. En esta línea, resulta esencial la función de resguardo del debido proceso que deben ejercer las autoridades judiciales. (CIDH, sentencia 24/03/2023, caso Álvarez vs. Argentina, párrafo 150)

El rechazo del recurso de queja promovido ante la Corte Suprema

Los defensores particulares de Álvarez presentaron recurso de queja el 31 de julio de 2000, ante la Corte Suprema, por la admisión parcial del recurso de casación resuelta por el Tribunal Ordinario de Menores. El 10 de agosto de 2000, la Corte Suprema, requirió a los recurrentes copia de las actuaciones, y que indicaran la fecha de notificación del auto que denegó el recurso de casación. En ese tiempo, renunció nuevamente la defensa técnica privada, por lo que se dio intervención al defensor público oficial el 9 de mayo de 2001, en donde se adhirió al recurso interpuesto por la defensa privada, y acompañó los documentos e información solicitada por la Corte Suprema, quien el 18 de septiembre de 2001, desestimó la queja porque la queja no se dirigía en contra de la sentencia dictada por el tribunal superior.

Sobre estas actuaciones tanto de la defensa técnica privada, como de los órganos judiciales que intervinieron en esas resoluciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró:

Por tanto, en lo que interesa a este último recurso, la Corte Interamericana advierte una indebida fundamentación atribuible exclusivamente a la defensa técnica privada, la cual resultó perjudicial a los intereses del señor Álvarez. Sin embargo, en este caso no era exigible a la Corte Suprema un deber de control sobre la actuación del defensor público oficial, primero porque la impugnación fue originalmente

planteada por el defensor particular, y segundo, porque no corresponde a los tribunales corregir las deficiencias argumentativas de los litigantes en aquello que es de su estricta competencia, como lo es, en el asunto bajo análisis, los fundamentos de la impugnación formulada, pues de hacerlo la autoridad judicial sustituiría en su actuación a la defensa, comprometiendo su imparcialidad. (CIDH, sentencia 24/03/2023, caso Álvarez vs. Argentina, párrafo 152)

La fundamentación del recurso de queja, no fue dirigida en contra de la aplicación del Artículo 52 del Código Penal Federal, en donde le impone a Álvarez, las penas de prisión perpetua, sino por los motivos que no fue admisible el recurso de casación, y, los recurrentes presentaron el recurso de queja, en contra de un órgano jurisdiccional distinto.

Diferencias y similitudes entre los casos Ruano Torres vs. El Salvador y Álvarez vs. Argentina.

Como diferencias se puede señalar que en el caso Ruano Torres, la negligencia en la defensa se destaca desde la etapa preparatoria, al no protestar la defensa pública la diligencia de reconocimiento de personas, aspecto que sirvió de fundamento para la sentencia condenatoria en contra del procesado; mientras que en el caso Álvarez vs. Argentina, la defensora pública oficial durante la fase del debate, tuvo una participación activa y destacada, haciendo

ver las vulneraciones al derecho de defensa, y realizó las protestas pertinentes ante las resoluciones del Tribunal Ordinario de Menores.

Como similitudes, se puede destacar en ambos casos, el reconocimiento de responsabilidad de los Estados de El Salvador y Argentina respectivamente. La ausencia de interposición de impugnaciones después de la sentencia condenatoria tanto para Agapito Ruano Torres, como para Antonio Álvarez.

Conclusiones

Las defensorías públicas interamericanas, como instituciones estatales, deben fortalecer la capacitación a defensoras y defensores públicos en el tema de reconocimiento de personas como anticipo de prueba, así como conocimiento y práctica en la presentación de recursos, desde reposición hasta los recursos extraordinarios que tenga cada legislación, que incluya litigación a nivel constitucional, como la presentación de inconstitucionalidad en caso concreto, y las acciones de amparo en materia penal. Para evitar que los Estados sean demandados ante el sistema interamericano de derechos humanos.

Para las autoridades judiciales, el control de convencionalidad, está dirigido para que los jueces y magistrados en su quehacer diario, velen por las garantías judiciales, especialmente porque el derecho de defensa no sea ilusorio para la persona que se juzga, y garantizar por medio de la toma de acciones, que cada caso en particular requiera, para el cumplimiento de este derecho humano.

Referencias Bibliográficas

- Sentencia (2015, 5 de octubre) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ruano Torres vs. El Salvador. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf
- Sentencia (2023, 24 de marzo) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Álvarez vs. Argentina. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_487_esp.pdf

Consideraciones en la estrategia de defensa basadas en la Opinión Consultiva OC-29/22 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

M.A. Edgar Estuardo Melchor Solórzano

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órgano rector de la observancia y cumplimiento de la totalidad de los Derechos Humanos en las distintas sociedades de los Estados parte, que integran el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, genera disposiciones y consideración relevantes y de impacto a los sistemas jurídicos en general.

Como parte relevante de las resoluciones que genera la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encuentran las consideraciones emitidas en las sentencias o resoluciones emitidas, específicamente en las opiniones consultativas que se generan. En el presente análisis se abordará desde el punto de vista de la defensa y la forma adecuada de utilizar lo establecido en la preparación de una defensa técnica estratégica con visión integral de protección de los derechos humanos en las distintas etapas del proceso penal guatemalteco en donde se encuentre participando un abogado representante del Instituto de la Defensa Pública Penal en cumplimiento de las funciones.

La referida opinión consultiva objeto del presente análisis fue planteada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el objeto de determinar una protección de Derechos Humanos a las poblaciones consideradas con extrema vulnerabilidad pertenecientes a grupos de riesgo sujetos a procesos penales en los distintos sistemas de justicia, denominando la opinión consultiva sobre “Enfoques

Diferenciados en materia de Personas Privadas de la Libertad” que será el ámbito de análisis en esta oportunidad.

El principal objetivo del presente análisis es utilizar en el proceso penal los distintos pronunciamientos sobre los temas sociales sensibles en la totalidad de las sociedades y que se proporcione un abordaje integral y en consecuencia proporcionar directrices para que los Estados cumplan adecuadamente sus obligaciones en materia de protección penal de forma integral; haciendo especial énfasis en los siguientes grupos sociales:

- Mujeres embarazadas, en período de posparto y lactantes;
- Personas LGBT;
- Personas indígenas;
- Personas mayores y;
- Niños y niñas que viven con sus madres en prisión.

La participación del defensor público en el proceso penal la visualizamos en todas las etapas, realizando su función de conformidad con la Ley del Servicio Público de Defensa Penal, brindando la asistencia gratuita y defensa técnica a personas de escasos recursos económicos que lo soliciten para desvanecer los hechos que le puedan estar imputando; desde ese momento el defensor debe utilizar todas las herramientas legales para realizar de manera técnica y especializada la defensa técnica penal, si ningún tipo de discriminación, racial, religiosa, étnica

y sexual, considerando la legislación nacional, Convenciones o Tratados Internacionales, pronunciamientos y directrices como las Opiniones Consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La participación del defensor público se visualiza en todas las etapas de proceso penal guatemalteco; en la etapa de ejecución también se visualiza de manera constante ejerciendo de esa manera el acompañamiento de todas las personas sujetas a proceso penal durante todos los momentos de ese estadio de su vida; considerando para su protección integral la protección de las características propias de cada persona y especial los grupos de protección que se encuentra en estado de indefensión y considerados grupos en condiciones de vulnerabilidad.

Situación penitenciaria en Guatemala versus directrices emitidas en la Opinión Consultiva:

En Guatemala el tema del hacinamiento carcelario en el ámbito del sistema penitenciario provoca un panorama nacional e internacional de sinónimo de incumplimiento de las normas y tratados internacionales de tratamiento diferenciado en la población reclusa en nuestra sociedad; de manera inmediata surge la sensación de incumplimiento de normas y la vulneración de Derechos Humanos para las poblaciones de: mujeres embarazadas en período de posparto y lactantes; personas

LGBTIQ+; Personas indígenas; Personas mayores y niños y niñas que viven con sus madres en prisión .

Es por ello que se hace indispensable analizar desde una perspectiva de defensor público cómo pueden ser utilizadas en las distintas argumentaciones jurídicas que se realizan en las audiencias respectivas, para lograr una resolución diferenciada por parte de los juzgadores que deben de tomar en consideración las necesidades propias de una madre lactante sometida a un sistema penitenciario acompañada de su menor hijo, de una persona perteneciente a una comunidad indígena que es separada de su ámbito y forma de vida distinta a sus usos y costumbres; la atención y reconocimiento de Derechos Humanos y uso de protocolos de actuación de defensores públicos para la atención y defensa técnica de los integrantes de la población LGBTIQ+ y finalmente la atención que se debe prestar a las personas ingresadas a centros de detención mayores de edad cuya protección por parte del Estado no debe de ser ignorada por el hecho de estar sujeta a un proceso penal. Los anteriores pueden ser los escenarios a los cuales se pueden enfrentar algunos de los usuarios del Instituto de la Defensa Pública Penal y que deben de ser abordados por los abogados en el momento de brindar la defensa técnica, con el objeto que se les ofrezcan las condiciones institucionales más adecuadas según al grupo al que pertenezcan.

La función de realizar la defensa técnica de las personas de escasos recursos sujetas a proceso penal no se limita únicamente a velar por el debido proceso y el derecho de defensa, sino que se amplía a velar por el cumplimiento y reconocimiento total de los derechos humanos y es por ello que se adquiere una mayor responsabilidad institucional para velar en todos los grupos objeto de protección en la presente opinión consultiva que se cumplan las condiciones propias de cada grupo durante el tiempo que se encuentren sujetos a proceso penal, principalmente las directrices y consideraciones realizadas dentro del marco del sistema de protección de derechos humanos que se generan en cada oportunidad que la Corte Interamericana de Derechos Humanos resuelve consideraciones sometidas a su jurisdicción y en especial la presente Opinión Consultiva, objeto de análisis.

Los anteriores grupos considerados en condiciones de vulnerabilidad fueron desarrollados en la presente opinión consultiva con base en las siguientes consideraciones sometidas de delimitación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “En lo atinente a la protección de los derechos de personas en especial situación de vulnerabilidad como mujeres embarazadas, en posparto y lactantes; personas LGBT; personas indígenas; personas mayores; y niños y niñas que viven en centros de detención con sus madres ¿es posible justificar en los artículos 24 y 1.1 de la Convención la necesidad de la adopción de medidas o enfoques diferenciados para garantizar que sus circunstancias

específicas no afecten la igualdad de condiciones con las demás personas privadas de la libertad, tanto en lo referente a sus condiciones de detención como en relación con los recursos que sean interpuestos para proteger sus derechos en el contexto de la privación de la libertad? De ser así, ¿Qué implicaciones concretas tiene el contenido de los derechos involucrados en tales artículos en el alcance de las obligaciones correlativas que tienen los Estados en la materia?”.¹

Siendo este el punto de partida del análisis de la referida consulta y por consiguiente la determinación del pronunciamiento para su determinación y cumplimiento para los Estados parte con la individualización y diferenciación de su tratamiento dentro del sistema de justicia penal.

Etaa Procedimental. La visión integral de protección de derechos humanos y la oportunidad de pronunciamiento de las partes:

Planteada la opinión consultiva por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se generó un proceso de análisis interseccional para abordar y pronunciarse de manera integral sobre los planteamientos realizados; los procesos de tratamiento adecuado en el sistema penitenciario para los integrantes de los grupos descritos, han sido objeto de actualización y adecuación a la realidad existente y con las consideraciones de

¹ Párrafo 3, Opinión consultiva OC-29/22 del 30 mayo 2022. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

la presente opinión consultiva se reafirman los postulados para ser utilizados en los argumentos de los defensores públicos.

Con el objeto de cumplir con todo el procedimiento establecido para emitir la opinión correspondiente, se notificó a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos y a sus distintos órganos que la integran, con el objeto de recibir observaciones y consideraciones propias de la opinión planteada; de igual manera se proporcionó la oportunidad de presentar observaciones por escrito a las organizaciones internacionales, instituciones de carácter civil de las sociedades de los Estados parte, académicas y de cualquier otra naturaleza con la intención de aportar insumos y consideraciones o puntos de vista particular que pudiesen ser tomados en cuenta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el momento de su pronunciamiento final.

Fue en este momento donde la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP) y el Instituto de la Defensa Pública Penal de Guatemala, presentaron observaciones por escrito sobre los distintos aspectos sometidos a consulta a la Corte Interamericana sobre los aspectos de tratamiento diferenciado en el internamiento en centros de detención de las personas en nuestra realidad latinoamericana.

Importante traer a colación que el Instituto de la Defensa Pública Penal de Guatemala, es miembro fundador de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP); Organización Internacional en la cual convergen las distintas instituciones que realizan la función de Defensorías Públicas de los distintos Estados parte que la integran². A nivel nacional desde el ámbito de la educación superior la Universidad Rafael Landívar presentó en el tiempo establecido sus observaciones correspondientes. En total fueron recepcionados más de cien documentos con las observaciones y jurisprudencia aportada por los distintos tribunales nacionales de los Estados parte.

El siguiente momento relevante de análisis y resolución de la presente opinión consultiva, fue la determinación de la competencia de la Corte Interamericana de interpretar instrumentos regionales en materia de protección de Derechos Humanos que tienen una estrecha relación con lo sometido a la presente opinión consultiva.

Para la determinación de la competencia para realizar un estudio de otros instrumentos regionales se estableció lo siguiente: “la Corte ha considerado que el artículo 64.1 de la Convención, al referirse a la facultad de la Corte de emitir una opinión sobre “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos” es amplio y no restrictivo. De ese modo, la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse,

2 Constitución de Asociación Interamericana de Defensorías Públicas Rio de Janeiro 2003. Estatutos fundacionales Montevideo Uruguay 2009. Escritura de constitución, registro y reconocimiento de personería jurídica ciudad de Guatemala 2009.

en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano. De esta forma, el Tribunal tiene competencia para emitir interpretaciones sobre la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Aun cuando no se especificaron disposiciones respecto de este último tratado, la Corte entiende que se hace alusión a dicho instrumento en general teniendo en cuenta su objeto y fin de “promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad”. En todo caso, la Corte hará alusión a las disposiciones relevantes para la interpretación requerida como instrumento interamericano que profundiza en los asuntos de la vejez y el envejecimiento desde una perspectiva de Derechos Humanos³.

En el momento de realizar la defensa técnica de usuarios perteneciente a los grupos objeto de protección y tratamiento diferenciado en la presente opinión consultiva; se debe incorporar

3 Numeral 18 de la opinión consultiva citada.

en los argumentos o estrategias de defensa que exponen los defensores algunos de los siguientes aspectos relevantes:

- a. La competencia activa que posee la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de protección de Derechos Humanos y la facultad de emitir la opinión consultiva;
- b. La facultad exclusiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de emitir interpretaciones sobre las Convenciones o Tratados internacionales existentes en el marco de protección de Derechos Humanos de suscritos y ratificados por los Estados parte que se refieren a la protección de los grupos de población que son objetos de la presente consulta;
- c. La existencia del fin máximo en la totalidad de las normativas internacionales de “promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad”.

La argumentación de un trato diferenciado y propio de cada grupo de la población protegida por la opinión consultiva, debe ser expresado y fundamentado siempre en las distintas audiencias judiciales por los defensores públicos, para pretender que, les sea aplicado el reconocimiento en el tratamiento o internamiento sin vulneración alguna de sus derechos, que no sea estrictamente la necesaria para fines del proceso, logrando de esa manera que

la resolución que se emita se encuentre apegada y fundada en derecho sin que se restrinja o disminuya algún otro derecho que el meramente estricto que se encuentre en discusión.

El objeto central de la presente opinión consultiva se centra en hacer todo un estudio e interpretación del principio de igualdad y no discriminación en relación con los derechos establecidos en la Convención Americana y los tratados interamericanos; para que los Estados partes cumplan las obligaciones de protección integral y de cumplimiento de los Derechos Humanos de la totalidad de las personas que se encuentran sometidas a una custodia y cuidado en los distintos centros de detención o de cumplimiento de penas con enfoques totalmente diferenciados según el grupo de vulnerabilidad que se encuentren como lo son: sexo, género, etnia, la edad, la orientación sexual o identidad y expresión de género.

El párrafo número 29 de la referida opinión establece: En conclusión, la Corte considera que está facultada para pronunciarse en su esfera consultiva sobre todos los instrumentos internacionales traídos a consulta por la Comisión Interamericana, en tanto conciernen a la protección de los Derechos Humanos en los Estados americanos, por lo que recaen en el ámbito de la competencia de la Corte.⁴

4 Numeral 29 de la opinión consultiva relacionada

La protección de Derechos Humanos diferenciados de los ciudadanos y la procedencia de la presente Opinión Consultiva:

A lo largo de la historia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha generado una línea jurisprudencial de observancia y análisis de la procedencia y trámite de los planteamientos presentados en las distintas opiniones consultivas ingresadas a su jurisdicción, solicitando que se observen aspectos que cada legislación debe resolver desde su propia perspectiva de Estado, entre los cuales podemos analizar los siguientes:

- La inexistencia de un antecedente judicial que se encuentra sujeto a discusión según los procesos judiciales propios de cada Estado y según su legislación nacional;
- No pretender obtener por medio de la opinión consultiva un pronunciamiento anticipado de forma directa o indirecta sobre un asunto que se encuentre en litigio a lo interno del Estado parte;
- La resolución y el planteamiento de la opinión consultiva no debe ser utilizada para abordar temas políticos propios del Estado;
- No debe considerar e incorporar algunos temas que en su momento ya fueron abordados en jurisprudencia anterior;

- Debe tener el propósito de desentrañar el sentido y razón de las normas internacionales sobre los Derechos Humanos y coadyuvar al cumplimiento de las normas internacionales⁵.

Ya es sabido según las distintas jurisprudencias que los anteriores aspectos deben ser considerados y superados a nivel interno de cada Estado según la legislación, con el objeto de facultar la habilitación y pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema; en virtud de respetar y reconocer la ley interna y los procedimientos propios de los Estados como requisito previo para su conocimiento.

El Derecho a la igualdad y no discriminación, un enfoque diferenciado en interseccionalidad:

En el ámbito de protección y tratamiento diferenciado de las personas sujetas a un proceso penal e ingresadas a los distintos sistemas penitenciarios, se hace necesario tener presente la existencia de jurisprudencia que la Corte Interamericana ha emitido sobre el tema; generando una serie de principios rectores como lo es: el principio de igualdad y no discriminación y el uso de la interseccionalidad como medio de resolver de manera integral todos los aspectos sociales, legales, culturales y doctrinarios, en las distintas resoluciones que contiene aspectos importantes de compartir, analizar y en los momentos procesales oportunos argumentarlos.

5 Párrafo 21 la opinión consultiva relacionada

En este sentido, este Tribunal ha sostenido que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. En esta línea, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias⁶.

Desde esta perspectiva de declaración de Derechos Humanos, la Corte Interamericana considera que los distintos grupos de personas privadas de libertad deben poseer un trato diferenciado de conformidad con los máximos derechos protegidos por la Convención Interamericana y específicamente en el párrafo número setenta y uno de la presente opinión consultiva indica que: “los Estados deben dotar a las entidades competentes y al personal involucrado en el trato de las personas privadas de libertad de recursos presupuestales adecuados y capacitación

6 Párrafo número 59 de la Opinión consultiva referencia.

especializada. Asimismo, es preciso que definan de forma clara y dentro de su diseño institucional la correspondiente asignación de funciones en el marco de las competencias que incumben a cada órgano estatal, así como las medidas pertinentes para lograr una eficaz coordinación interinstitucional cuando se requiera”.

Con lo determinado anteriormente por la Corte, el defensor público puede utilizar esta consideración para argumentar el ingreso y tratamiento dependiendo el grupo vulnerable del que se trate para el usuario del servicio gratuito de defensa, haciendo énfasis en el tratamiento diferenciado en el internamiento en el sistema penitenciario de madres y sus menores hijos, personas mayores de edad, personas indígenas y personas de la población LGBTIQ+, cumpliendo con ello que el trato sea considerado apegado a la norma nacional como internacional de protección integral de Derechos Humanos; siempre considerando las condiciones reales de infraestructura penitenciaria.

En el contexto que se analiza se puede establecer que, en la privación de libertad, también se reproducen y exacerbaban los sistemas de dominación social basados en el privilegio de unos y la opresión de otros, como el patriarcado, la homofobia, la transfobia y el racismo; aspectos que pueden ser utilizados en la argumentación del defensor público en el desarrollo de la audiencia de primera declaración y cuando su estrategia visualiza la aplicación de una medida sustitutiva para el usuario del servicio;

determinados los grupos de personas privadas de libertad y determinando que debido a su condición, rasgos identitarios o situación actual relacionada con el sexo y género, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, y la pertenencia étnica entre otros, sufren un mayor grado de vulnerabilidad o riesgo contra su seguridad, protección o bienestar como resultado de la privación de la libertad y de su pertenencia a grupos históricamente discriminados, lo que obliga a los Estados parte integrantes de la Organización de Naciones Unidas a adoptar medidas adicionales y particularizadas tendientes a satisfacer sus necesidades específicas en prisión y evitar que sufran malos tratos, tortura u otros actos contrarios a su dignidad para la población ingresada en centros de detención preventiva o cumplimiento de penas.

La presente opinión consultiva en su párrafo 71 hace referencia a una consideración relevante para la determinación de tratos diferenciados en los centros de detención para los distintos grupos considerados de vulnerabilidad por tal motivo indica: “la Corte considera que, a efectos de atender las necesidades específicas de los distintos grupos de personas privadas de libertad y asegurar un trato diferenciado de conformidad con lo desarrollado en esta opinión, los Estados deben dotar a las entidades competentes y al personal involucrado en el trato de las personas privadas de libertad de recursos presupuestales adecuados y capacitación especializada. Asimismo, es preciso que definan de forma clara y dentro de su diseño institucional la correspondiente asignación

de funciones en el marco de las competencias que incumben a cada órgano estatal, así como las medidas pertinentes para lograr una eficaz coordinación interinstitucional cuando se requiera”. La situación actual de los distintos centros de detención en Guatemala, no reflejan el cumplimiento de la anterior consideración y por lo tanto se encuentra en una situación de incumplimiento; éste aspecto es necesario argumentarlo en las participaciones de los defensores públicos.

Enfoque diferenciado aplicable a las personas de la población LGBTIQ+ privadas de libertad:

En un abordaje anterior emitido en la opinión consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se lograron establecer una serie de obligaciones específicas de los Estados parte, con relación a la atención y tratamiento de las personas pertenecientes a las comunidades lesbianas, gays, bisexuales y transgénero privadas de la libertad, en razón de sus características y necesidades especiales. Sin perjuicio de que la Comisión no mencionó a las personas intersex dentro del planteamiento de sus preguntas, la Corte estima oportuno incluirles dado que pueden verse expuestas a condiciones de discriminación y violencia en el ámbito penitenciario que se asemeja a las vivencias de las personas trans y con identidades de género no binarias. En ese sentido la Corte ya ha establecido que la orientación sexual, identidad de género y expresión de género de la persona

son categorías protegidas por el artículo 1.1 la Convención. En consecuencia, el Estado no puede actuar en contra de una persona por motivo de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género. En su jurisprudencia, la Corte ha reconocido que las personas LGBTI han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales.

Las formas de discriminación en contra de las personas LGBTI se manifiestan en numerosos aspectos en el ámbito público y privado. A juicio de la Corte, una de las formas más extremas de discriminación en contra de las personas LGBTI es la que se materializa en situaciones de violencia. De acuerdo con el Tribunal, esta violencia se funda en prejuicios basados en la orientación sexual, y la identidad o expresión de género percibida o real de una persona. Este tipo de violencia puede ser impulsada por “el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género.⁷ En los procesos de formación que se realizan por medio de la Unidad de Formación y Capacitación del Defensor Público, se recomienda que se verifique en las acciones realizadas por las fuerzas de seguridad y en los planteamientos solicitados por los representantes del Ministerio Público; carezcan de sesgos de género o discriminación por orientación o expresión de género en contra de la persona sindicada de la posible comisión de un hecho delictivo y que coloque al usuario del servicio de defensa

⁷ Párrafo 227 de la referida opinión consultiva.

pública penal en desventaja procesal vulnerándole derechos y garantías en el proceso penal generando de manera anticipada una detención o imputación alejada de la objetividad y de la búsqueda de la verdad histórica de los hechos.

En la fase procesal de ejecución de la pena se deben tener presente las consideraciones indicadas en la presente opinión consultiva, mismas que deben de reflejarse como parte de una política de Estado de respeto de Derechos Humanos, de los ciudadanos sujetos a control del sistema penitenciario para cumplir adecuadamente los programas de resocialización que se ejecuten a lo interno. En el párrafo 230 de la presente opinión consultiva hace referencia al ámbito penitenciario y considera lo siguiente: “se replica y exacerba la violencia sufrida por las personas LGBTI. puede tomar diversas formas y podría incluir el acoso, el hostigamiento, la violencia verbal y psicológica, la explotación, así como la violencia sexual y física, incluyendo la violación”. Además, las personas trans detenidas, en particular las mujeres trans, se enfrentan a una exposición única a la violencia, especialmente de carácter sexual. De este modo, la ausencia de políticas públicas sobre la autoidentificación, clasificación, evaluación del riesgo e internamiento contribuye a que las mujeres trans sean recluidas en cárceles y otros lugares, donde están expuestas a un alto riesgo de violación y violencia sexual”. La argumentación efectiva, basada en la presente opinión consultiva se hace indispensable en la audiencia respectiva para lograr un

internamiento y tratamiento diferenciado y en las condiciones propias para el usuario del servicio de defensa pública, que pertenezca a la población LGBTIQ+ dando así respuesta a una serie de consideraciones emanadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que debemos recordar se convierte en obligatoria su implementación o abordaje por parte de los Estados parte de la Corte referida. Los defensores públicos poseen esa facultad de exponer los presentes argumentos para lograr efectividad de las consideraciones expuestas en la presente opinión consultiva.

A la luz de los estándares internacionales en la materia, la Corte considera que la ubicación de una persona LGBTI dentro de un centro penitenciario debe ser determinada por las autoridades estatales de conformidad con las particularidades de cada persona y su situación específica de riesgo, en atención al contexto especial de cada Estado, pero siempre teniendo como principios rectores el respeto a la identidad y expresión de género, evitando cualquier situación que produzca problemas de convivencia; la participación de la persona interesada, y la protección contra la violencia en su contra y en relación con el resto de la población penitenciaria.⁸

En la resolución objeto de análisis se encuentra un fundamento que obliga a los Estados partes a cumplir con determinadas

⁸ Informe Relatoría Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. A/HRC/35/23 del 8 de junio 2017 parr. 110.

obligaciones propias de protección integral de derechos humanos; el párrafo número 257 de la referida opinión consultiva indica lo siguiente: “A la luz de los estándares internacionales en la materia y de su propia jurisprudencia la Corte considera que, para prevenir violaciones a la integridad personal y vida de las personas LGBTI privadas de libertad, los Estados cuentan, como mínimo, con las siguientes obligaciones: a) realizar un estudio individualizado de riesgo al momento del ingreso al recinto penitenciario, que se utilice como fundamento para determinar las medidas especiales de protección que requiera; b) abstenerse de imponer sanciones o medidas disciplinarias fundamentadas en la orientación sexual o identidad de género de las personas; c) capacitar y sensibilizar al personal y a la población penitenciaria sobre los derechos de las personas LGBTI, la discriminación a la que se encuentran sujetas y el derecho a la igualdad y a la no discriminación; d) permitir a las personas trans elegir el género de los funcionarios que realicen revisiones corporales, las cuales serán excepcionales; e) establecer mecanismos para la denuncia de la violencia sufrida por las personas LGBTI dentro de los centros penitenciarios; f) informar a las personas LGBTI sobre sus derechos y los mecanismos de denuncia disponibles, y g) garantizar el monitoreo externo e independiente de las cárceles”.

Los anteriores estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se convierten en argumentos válidos que pueden utilizar los profesionales que ejercen el ejercicio de

la defensa técnica, en las audiencias en las cuales participan; según la estrategia que esté realizando para lograr un tratamiento e internamiento diferenciado en los usuarios que pertenezcan a alguno de los grupos vulnerables protegidos por la presente opinión consultiva.

El pronunciamiento final de la opinión consultiva, posee una visión humanista integradora de derechos universales para las personas privadas de libertad; concluyendo con las siguientes consideraciones relevantes:

- Los Estados deben aplicar un enfoque diferenciado en la atención de las necesidades especiales de los distintos grupos poblacionales privados de libertad para asegurar una ejecución de la pena respetuosa de su dignidad humana;
- Los Estados deben adoptar un enfoque diferenciado en el tratamiento de las mujeres embarazadas, en período de parto, posparto y lactancia, así como cuidadores principales, privadas de la libertad;
- Los Estados deben adoptar un enfoque diferenciado en el tratamiento de los niños y las niñas que viven en centros de detención con sus madres o cuidadores principales;
- Los Estados deben adoptar un enfoque diferenciado en el tratamiento de las personas LGBTI privadas de la libertad.

Las consideraciones anteriores pueden ser objeto de utilización en los distintos argumentos que se presenten por los defensores públicos ante las autoridades judiciales correspondientes en el momento de participar en la defensa técnica de un usuario del Instituto de la Defensa Pública Penal, con el objeto de la defensa sea realizada de manera integral con la normativa nacional, constitucional y convencional.

Referencias Bibliográficas

- Opinión Consultiva CC/29/22. 30 de mayo 2022. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Constitución de Asociación Interamericana de Defensorías Públicas Rio de Janeiro 2003. Estatutos fundacionales Montevideo Uruguay 2009. Escritura de constitución, registro y reconocimiento de personería jurídica ciudad de Guatemala 2009.

Legales:

- Constitución Política de la República de Guatemala
- Código Procesal Penal Guatemalteco. Decreto 51-92 Congreso de la República de Guatemala

Non bis in idem **(Fundamentos para la defensa penal)**

Lic. Luis Enrique Quiñonez Zeta

1. Marco general

Para el efecto, propiamente ilustrativo del presente trabajo, siguiendo a González Salgado, José Antonio (2016:27 y ss.) es preciso mencionar que hay constante, en la doctrina y la jurisprudencia, respecto a que, tanto el concepto *non bis in ídem*, como, *ne bis in ídem* se usan indistintamente en el ámbito jurídico-internacional para referirse a la prohibición de múltiple persecución penal; razón por la cual no se estudiarán las posturas respecto a las diferencias gramaticales o que algunos autores describen que, uno u otro, es el concepto adecuado.

Pero también, coincide la doctrina y la jurisprudencia, que la *non bis in ídem* tiene manifestaciones sustantivas y procesales. En su orden, se hace referencia a la sanción en sí; el principio veta la múltiple imposición de la consecuencia jurídica sobre una misma infracción. En lo procesal, se refiere al desarrollo formal del proceso, determinando la imposibilidad de reiterar un nuevo proceso y juzgamiento del hecho, sobre el que hay cosa juzgada. Esta distinción muestra una relación, tanto de los presupuestos procesales, como de la consecuencia de esos presupuestos.

En el caso de la *non bis in ídem* sustantiva, el presupuesto estaría constituido por la identidad de infracción y, la consecuencia jurídica o sanción. Un ejemplo, se presenta en el expediente 323-2021, en sentencia de fecha cinco de mayo de dos mil

veintiuno, en la cual, Cámara Penal, de la Corte Suprema de Justicia, instada por la defensa, en su motivación indica que:

“...En la presente causa se acreditó que la agraviada resultó embarazada como resultado de la violación, por lo cual corresponde el aumento de la pena de conformidad con el numeral 4º.- del Artículo 174 del código penal. En el caso contenido en el Artículo 195 Quinquies, no procede su aplicación cuando de los hechos acreditados se establece que al procesado se le condenó por el delito de violación atendiendo a la edad que tenía la víctima al momento de la comisión del hecho y no por el empleo de violencia, por lo cual en aplicación de la garantía *non bis in ídem* no puede sancionarse doblemente una misma acción.”.

Por otro lado, es oportuno recordar que, entre los instrumentos internacionales dotados de obligatoriedad jurídica en Guatemala, por control de convencionalidad, que se ocupan de garantizar la aplicación de la *non bis in ídem*, se cuenta, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (23/03/1976: Ratificación, declaraciones y Reservas), que en su Artículo 14.7 establece que: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.”; en consecuencia, es preciso examinar, para el estudio del principio enunciado, que debemos tener en cuenta, también,

el supuesto, contenido en el Artículo 7 numeral 4º.- de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (27/04/1978: Ratificación, declaraciones y Reservas), el cual determina que: “Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.”.

En este sentido, es necesario no perder de vista, que la individualización de una persona, para el estudio del principio expresado es esencial, de esa cuenta, en el ámbito jurídico guatemalteco, un proceso penal se inicia con los actos que le dan origen al proceso, que de acuerdo al Capítulo III, Título I, del Libro Segundo del CPP, son la denuncia, la querrela, y la prevención, de tal caso, el informe policial o las primeras investigaciones de oficio.

Pero también, en un segundo término, que los artículos 82 numeral 1,332 bis, 388, entre otros, del Código procesal penal guatemalteco, precisan la obligación jurídica de informar, detalladamente, las imputaciones con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, cuando una persona es puesta a conocimiento de un órgano jurisdiccional. Por tanto, de la combinación de estos actos procesales se orienta el corroborar si una persona ya ha sido perseguida con anterioridad, por un hecho delictivo, que se pretenda imputar nuevamente.

2. *Non bis in ídem* en doctrina y derecho comparado

Non bis in ídem es la expresión latina que enuncia que ninguna persona puede ser perseguida ni condenada, más de una vez, por los mismos hechos. Se le conoce también con el nombre de prohibición de doble persecución penal (manifestación procesal) o duplicidad de sanciones (manifestación sustantiva). En este aspecto el principio no adquiere mayor dificultad, sin embargo, la doctrina, jurisprudencia y el litigio diario plantea posibilidades de aplicación, o en todo caso, los alcances de aplicación del principio; por ejemplo: en cuanto a la prohibición de la duplicidad de condena cuando un hecho ya fue juzgado y sancionado, en su caso, no debe extenderse este reproche, para aumentar uno nuevo, fundado en los antecedentes penales, que se utilizan como parámetro para imponer y agravar una condena posterior a los hechos que motivaron esta y que ya fueron juzgados, bajo este argumento, se está violentando la garantía *non bis in ídem*, como es el caso de la aplicación de agravantes por reincidencia y/o habitualidad del artículo 27 numerales 23 y 24 del Código Penal.

Respecto a esta tesis Julio Maier (1989:410) expresa “Se trata ahora de saber si es posible que la recaída en el delito (reincidencia) se pueda computar como una agravante, esto es, si quien delinque después de haber sido condenado por una sentencia firme (reincidencia ficta) o de haber sufrido una pena (reincidencia verdadera o real) puede ser sancionado más

severamente o sufrir una pena agravada respecto a la ordinaria, cuando es condenado por un delito posterior a la condena sufrida. La posición que veda esa posibilidad, despojada de los elementos de derecho penal material, que se refieren tanto al punto de partida de la comprensión del Derecho Penal (derecho penal de acto o de autor- principio de culpabilidad), cuanto al fin de la pena (prevención general y especial) acude también al principio *non bis in ídem* para explicar la agravación de pena por reincidencia como una inobservancia de su contenido fundamental: el plus penal deriva de tomar en cuenta nuevamente el delito ya juzgado o penado y así agregarle al delito posterior una pena superior, solo en virtud del delito anterior.”.

En el caso guatemalteco se analiza, que tal violación podría suscitar, de la relación que está contemplada en el Código penal guatemalteco (Dto. 17-73 CRG:15/09/1973) Artículo 65 con el Artículo 27 numeral 23 y 24 que contiene los aspectos que el juzgador deberá considerar para fijar la pena.

En el expediente 5058-2018, sentencia de fecha cinco de junio de dos mil diecinueve, la Corte de Constitucionalidad, en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo, en la gestión instada por la Defensora Pública Jeannette Valverth Casasola, razona: “...se estima que el criterio que ha sustentado esta Corte en doctrina legal... en cuanto a la reincidencia, deviene aplicable a la habitualidad, regulada en la ley sustantiva penal como

circunstancia agravante; ello, puede establecerse en atención a que, al igual que la reincidencia, tiene su origen en un derecho penal de autor y no de acto, pues se fundamenta en la posible peligrosidad del sujeto como una característica personal (“ser el reo delincuente habitual”), atribuida a quien, no obstante haber padecido más de dos penas anteriores, comete nuevo delito, por lo que pretende traer a cuenta su conducta delictiva anterior – que ya fue sancionada– para aumentar la pena del delito actual, lo cual, efectivamente, vulnera la garantía penal *non bis in ídem* y contraviene el Artículo 17 constitucional, por cuanto se estaría sancionando dos veces una misma conducta, al atraer un hecho pasado para agravar las consecuencias jurídicas de una acción delictiva presente, aunado a que la sanción jurídico penal tendría sustento, no en las acciones delictuosas cometidas, sino en características personales o aspectos subjetivos como las decisiones de vida del sujeto, lo que resulta inaceptable en un Estado Constitucional de Derecho, que funciona dentro del marco de un sistema penal democrático, en el que la persona humana se concibe como “sujeto y fin del orden social” (Preámbulo del Texto Supremo). Se refuerza lo anterior con el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha sostenido: “248. El Artículo 9 de la Convención Americana establece que ‘nadie puede ser condenado por acciones u omisiones’, es decir que sólo puede ser condenado por ‘actos’. El derecho penal de ‘acto’ es una elemental garantía de todo derecho penal conforme

a los derechos humanos... (Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú, sentencia de veintiuno de octubre de dos mil dieciséis).”.

La *non bis in ídem*, se enuncia en la doctrina y jurisprudencia, entre otros, como un principio general del Derecho, que se asienta en los principios de proporcionalidad y respeto a la cosa juzgada, pero también, de legalidad y tipicidad, como se menciona en la Sentencia del Tribunal Constitucional de España (STC 154/1990:15/10/1990), cuando se cita la STC 2/1981:

“...como íntimamente vinculado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, principio que se configura como un derecho fundamental del sancionado.”. El principio prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procesos o procedimientos, en uno o más órdenes jurídicos sancionadores, cuando se de una identidad de sujetos, hechos y fundamento; según plantea la STC de España 154/1990 cuando indica:

“Este principio ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, pero ello no significa que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos correspondientes a órdenes jurídicos sancionadores

diversos. El principio *non bis in ídem* es aplicable también dentro de un mismo proceso o procedimiento, a una pluralidad de sanciones principales ante una identidad de sujetos, hechos o fundamentos, objeto o causa material y acción punitiva. Se impide sancionar doblemente por un mismo delito, o sea que por un mismo delito recaiga sobre un sujeto una sanción penal principal, doble o plural, lo que también contradiría el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción. Esa adecuación lleva al legislador a calificar el delito en un determinado nivel de gravedad fijando unas sanciones proporcionales a tal calificación, dentro de los que habrán de actuar los criterios de graduación, pero aplicada una determinada sanción a una específica infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada. Dicha reacción ha tenido que estar en armonía o consonancia con la acción delictiva, y la correspondiente condena ha de considerarse como «autosuficiente» desde una perspectiva punitiva, por lo que aplicar otra sanción en el mismo orden punitivo representaría la ruptura de esa proporcionalidad, una reacción excesiva del ordenamiento jurídico al infringirse al condenado una sanción desproporcionada respecto a la infracción que ha cometido.”.

Desde la perspectiva de la interpretación *pro homine*, es pertinente mencionar la gravedad que para un ciudadano representa la persecución penal en cuanto a restricción de bienes

jurídicos (restricción en la libertad, los bienes patrimoniales, etc.), el deterioro social, demérito profesional, detrimento familiar, por lo que en un primer momento se ha planteado que una persona con sentencia, ya sea absolutoria o condenatoria, no debe pasar nuevamente por esa misma situación y que ésta, en todo caso, se extienda a su familia.

La Constitución Política de la República de Guatemala no incluye de manera expresa la garantía de la *non bis in ídem*, aunque con arreglo a los artículos 17, 44 y 46 se ha reconocido como una garantía no expresada, que surge del sistema Constitucional de Derecho, según se desprende de la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala; Gaceta No. 31, expediente No. 330-92, página No. 7, sentencia: 01-02-94 y Gaceta No. 18, expediente No. 280-90, página No. 99, sentencia: 19-10-90. De esa cuenta, a partir de diversos instrumentos internacionales con “armónica” jerarquía constitucional, entre los que se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ídem) que en el Artículo 8 inciso 4 enuncia: “El inculpado absuelto por sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.”.

Valdría en esta cuestión, como ejemplo, referir el alcance del principio, luego que, de un grupo de personas procesadas, por el hecho de limitar de su libertad de locomoción a otra, con el propósito de lograr rescate, 6 de ellas fueron condenadas y 5

fueron absueltas, todos por el delito de secuestro regulado en el Artículo 201 del Código penal. Los 6 condenados recurren en apelación especial. La fiscalía del Ministerio Público no presenta recurso de apelación especial en contra de la sentencia referida. Luego que los condenados recurren nuevamente, plateando recurso de casación, la Cámara Penal anula la sentencia y ordena el reenvió; se extienden órdenes de aprehensión en contra de las 5 personas absueltas, para un nuevo debate oral y público. Recordemos que la fiscalía del Ministerio Público muestra conformidad con la sentencia, tanto en el caso de las personas condenadas, como también, en cuanto a las personas que fueron absueltas de todos los cargos; de esa cuenta se sostiene que para las personas absueltas la sentencia obtiene autoridad de cosa juzgada y, por lo tanto, “El inculpado absuelto por sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.”

Dentro del expediente 906-2001, en sentencia de fecha 11/06/2002; la Corte de Constitucionalidad en calidad de Tribunal extraordinario de Amparo; instado por los defensores públicos Luis Enrique Quiñónez Zeta y Manuel Jesús Vicente González, quienes postulan, en aquel entonces, como leyes que se estiman violentadas: “a) que del estudio de los antecedentes del amparo se establece que la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, incurrió en graves violaciones jurídicas en contra de los amparistas, ya que al dictar su sentencia ordena aprehenderlos y someterlos a nuevo juicio, no obstante que ya existía una

sentencia absolutoria firme, toda vez que la referida sentencia de primera instancia nunca fue impugnada ni por ellos ni por el Ministerio Público. b) La autoridad impugnada violentó el debido proceso e incumplió con lo dispuesto en los artículos 8 numeral 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14 numeral 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, 4 último párrafo, 17 y 422 del Código Procesal Penal, puesto que lo correcto y ajustado a Derecho era anular parcialmente las sentencias de primer y segundo grado y dejar firme la sentencia absolutoria dictada a favor de los amparistas.”; formulando los defensores públicos las argumentaciones respectivas, sobre los ejes de cosa juzgada, *nom bis in ídem*, y como cuestión periférica la garantía de *Reformatio in peius* de los artículos 4 último párrafo y 422 del Código procesal penal.

Pero la Corte de Constitucionalidad, en calidad de Tribunal extraordinario de Amparo, a pesar de que resuelve otorgar el amparo, indicando: “1) Otorga amparo a... contra la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal y, en consecuencia, les restaura en la situación jurídica afectada y deja en suspenso, en cuanto a ellos, la sentencia de la autoridad impugnada de fecha veinticuatro de abril de dos mil uno, y rectificadas en auto de veintiocho de mayo del mismo año, por medio de la cual se anulan las sentencias dictadas en primera y segunda instancia dentro del proceso penal que se tramita contra los amparistas y otros

sindicados.”; se pronuncia únicamente sobre las cuestiones periféricas del caso, lo cual es positivo, pero evade emitir criterio manifiesto sobre si el caso de los absueltos obtuvo calidad de cosa juzgada y como consecuencia se actualiza la garantía de la *non bis in ídem*, cuando se ordena aprehensión de los absueltos para un nuevo debate oral y público, sobre los mismos hechos, por los cuales fueron absueltos en un primer juicio.

3. *Non bis in ídem* en la Legislación Guatemalteca

3.1. Constitución Política de la República

Como ha quedado anotado que, no obstante, en forma expresa, la Constitución Política de la República de Guatemala, no regula este mandato jurídico elevado a categoría de derecho humano, el Artículo 44 de la ley suprema (CPRG:1985) establece que: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.”. De esa suerte, que en el expediente No. 330-92 página No. 7, sentencia de fecha 01-02-94 se indica que: “...uno de los principios fundamentales que informa al Derecho Guatemalteco, es el de supremacía constitucional, que implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución y ésta, como ley suprema, es vinculante para gobernantes y gobernados a efecto de lograr la consolidación del Estado Constitucional de Derecho.”; así mismo, el citado texto Constitucional, apoya y asegura el contenido de cualquier otra normativa en cuanto a los derechos y garantías

de carácter constitucional, de esa cuenta en el párrafo segundo del precitado artículo establece: “Serán *nulas ipso jure* las leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.”; lo que hace valer la seguridad jurídica que le provee la máxima normativa legal guatemalteca, a dichos derechos y garantías, así como la preeminencia que les otorga frente a cualquier otra norma.

En congruencia con lo contenido en el Artículo 44 del texto Constitucional, y en coherencia con la aplicación universal del principio *non bis in idem*, el derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos, es especialmente importante para quien ha sido absuelto, o en todo caso, ya ha sido sancionado por los mismos hechos.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Artículo 14.7 se enuncia que “Nadie podrá ser juzgado, ni condenado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.”. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo acoge en el Artículo 8.4, haciendo más amplia la redacción en cuanto que prohíbe la posibilidad de un nuevo juicio por los mismos hechos, pero limita el derecho solo a favor del absuelto por una sentencia firme.

La garantía tutela, entre otros, que una vez recae sentencia en un caso, la persona tiene la seguridad que no se le someterá de nuevo a proceso por esos mismos hechos. La particularidad sería el procedimiento de revisión, que esencialmente debe ser a favor del imputado, permitido en el hecho que, existe la posibilidad de haber condenado a un inocente, o que la condena se obtuvo con violación de garantías del debido proceso, la misma debe ser revisada, aunque este firme.

En una visión complementaria y de conjunto, el Pacto se refiere a toda persona condenada o absuelta por sentencia firme. La Convención a las personas que hayan sido absueltas por sentencia firme. El Pacto emplea el término por el mismo delito, la Convención por los mismos hechos.

El Estado de Guatemala es parte tanto del Pacto como de la Convención, por lo que el contenido de cada uno, en esta materia, es de imperativa observancia, tomando en cuenta que lo que se pretende es la protección de la persona humana ante cualquier amenaza de doble persecución penal o disciplinaria o la imposición de doble pena o sanción, no importando el entorno de una y la otra.

La Corte de Constitucionalidad en la Gaceta No. 18, paginas No. 99, expediente No. 280-90, sentencia: 19-10-90 expresa que: "...parte del principio hermenéutico de que la Constitución debe

interpretarse en su conjunto armónico, en el significado de que cada parte debe determinarse en forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser considerada en forma aislada y que debe preferirse a la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas del texto.”.

Así mismo la citada Corte, en la Gaceta No. 60, expediente No. 872-2000, sentencia 28-06-2001, indica que: “...se debe abordar aspectos relacionados a la preeminencia de la norma constitucional en función del resguardo de los derechos fundamentales que la ley matriz le ha conferido a la persona humana, las obligaciones internacionales y la aplicación de tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, en cuanto a su aplicación puede ser más garantista que las normas del derecho interno. En cuanto a las obligaciones internacionales del Estado, se mantiene el criterio vertido en precedente jurisprudencial de que Guatemala reconoce la validez del derecho internacional en lo relacionado al principio de *Non bis in ídem* sustentado en el *Ius cogens*.”.

Lo anterior implica también el compromiso que tiene el Estado de Guatemala de observar y respetar lo dispuesto en dichos tratados, especialmente cuando el asunto sobre el cual versare fuere materia sobre derechos inherentes a la persona humana, como lo establece el Artículo 44 de la Constitución Política de la República. Además, contiene la sentencia en referencia, que

el Artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”.

En este orden de ideas, es apropiado puntualizar que la interpretación de la norma aludida, debe hacerse de buena fe, conforme al sentido corriente que debe atribuirse a los términos expresados por el tratado en su contexto.

3.2. Código Procesal Penal

En el Artículo 17 establece: “única persecución. Nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho.”, lo anterior indica claramente que, “Es inadmisibles la persecución penal múltiple, simultánea o sucesiva, por un mismo hecho.”. La norma de garantía advierte, que ninguno podrá ser juzgado de nuevo por un delito por el cual ya fue condenado o absuelto, por una sentencia firme y que nadie puede ser penado dos veces por el mismo hecho.

De ahí la pregunta: ¿Tendría algún alcance la *non bis in ídem*, en aquellos casos, que luego de tres y hasta cuatro sentencias absolutorias en forma continua, se prolongue la persecución penal hasta encontrar quien declare una sentencia de reproche?; ¿Tendría algún alcance la *non bis in ídem*, en aquellos casos, donde a instancia del condenado se anula la sentencia para un nuevo juicio oral y público, y la segunda sentencia condenatoria

rebasa la ponderación de la pena anterior?; ¿Tendría algún alcance la *non bis in ídem*, en aquellos casos, cuando en aplicación de la ley de crimen organizado, sobre el eje de la conspiración, se asignen, también, penas a la consumación de los delitos conspirados?

En este último caso, en el expediente 1201-2012, sentencia de fecha 25/6/2012, dentro del Recurso de Casación por motivo de fondo, instado por abogado defensor público, Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, declara DOCTRINA el hecho que: “No debe aplicarse el delito de conspiración, cuando el delito por el que se conspira llega a realizarse, ya que, de ser así, estaría castigándose dos veces un mismo hecho.”.

El principio que nos ocupa, se dirige precisamente, a formar parte de la contención para imposibilitar que el Estado, una y otra vez, se dirija a renovar persecución penal a un ciudadano, basado en hechos que ya fueron juzgados, donde incluso, el ciudadano pudo haber sido condenado o absuelto, siendo sometido a una situación de continua inseguridad e incertidumbre.

El Artículo 18 del código procesal penal guatemalteco indica que: “Un proceso fenecido no podrá ser abierto de nuevo, excepto en caso de revisión conforme a lo previsto en el código.”. Se advierte que la disposición va encaminada a que los procesos penales no pueden ser perpetuos. Para el caso de la legislación

penal guatemalteca solo a instancia del Recurso de revisión es posible reabrir un proceso penal, claro está, como garantía del procesado.

3.3. Ley del Organismo Judicial

Como complemento a lo relacionado anteriormente, es importante anotar que el Artículo 155 de la ley del organismo judicial indica “Cosa juzgada. Hay cosa juzgada cuando la sentencia es ejecutoriada, siempre que haya identidad de personas, cosas, pretensión y causa o razón de pedir.”.

El presupuesto se materializa cuando hay identidad de personas, cosas y causa. En otras palabras, primero se debe tratar de una misma persona, segundo se debe referir al mismo hecho, y por último referirse al mismo motivo de persecución.

Referencias Bibliográficas

- Binder, M. Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc. 1992 2da. Edición actualizada y ampliada.
- Cabanellas, Guillermo. Repertorio Jurídico de Principios Generales del Derecho, Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y castellano. Buenos Aires: Editorial Heliasta. 1992. 4ª. Edición ampliada por Ana María Cabanellas.
- González Salgado, José Antonio. (2016). Legalidad penal y prohibición de doble castigo en el Constitucionalismo Español e Hispanoamericano: dos derechos fundamentales en perspectiva Comparada. Recuperado de: [dahttps://www.google.com/url?esrc=s&q=&rct=j&sa=U&url=https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/12/doctrina48392.pdf&ved=2ahUKEwjZhubN5srhWuTjABHQuGB2kQFnoECAMQAg&usg=AOvVaw3yeLjbJZkJVtBJQUFcqfuw](https://www.google.com/url?esrc=s&q=&rct=j&sa=U&url=https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/12/doctrina48392.pdf&ved=2ahUKEwjZhubN5srhWuTjABHQuGB2kQFnoECAMQAg&usg=AOvVaw3yeLjbJZkJVtBJQUFcqfuw)
- Maier, B. J. Derecho Procesal Penal Argentino. Tomo I. Editorial Hammura SRL, Argentina 1989.

- Maier, B. J. Inadmisibilidad de la Persecución Penal Múltiple (*Ne Bis In Ídem*). En: Revista Doctrina Penal (35), 1986.
- Zaffaroni, Eugenio. Manual de Derecho Penal, Parte General. Argentina: Editorial Ediar. 1977.

Legislación

- Constitución Política de la República de Guatemala, Comentada y anotada con fallos de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.
- Convención Americana sobre Derechos Humano. 27/04/1978: Ratificación, declaraciones y Reservas. FLACSO 3ra edición 2015. Pág. 11-35.
- Código Penal, Dto. 17-73 del Congreso de la República. 15/09/1973
- Decreto 51-92 del Congreso de la República, Código procesal penal guatemalteco.
- Figueroa Sarti, Raúl. Código Procesal Penal. Exposición de Motivos, Concordado y Anotado con la jurisprudencia Constitucional. F. G. editores, septiembre edición. Guatemala 2001.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 23/03/1976: Ratificación, declaraciones y Reservas. FLACSO 3ra edición 2015. Págs. 37-49.
- Prontuario de Legislación penal y procesal penal de Latinoamérica, comentada con jurisprudencia.
-

Jurisprudencia

- Expediente 323-2021, sentencia de fecha cinco de mayo de dos mil veintiunos, Cámara Penal, de la Corte Suprema de Justicia. Recuperado de: https://www.google.com/url?esrc=s&q=&rct=j&sa=U&url=https://gt.vlex.com/vid/877495300&ved=2ahUKEwixK_i6MrAhWHSzABHb_ZBG EQ FnoECAEQAg&usg=AOvVaw0-WPLOS9B2FpS-nSbzSsFC
- Expediente No. 330-92 página No. 7, sentencia de fecha uno de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, la Corte de Constitucionalidad, en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo. Recuperado de: <https://gt.vlex.com/vid/423839770>
- Expediente 5058-2018, sentencia de fecha cinco de junio de dos mil diecinueve, la Corte de Constitucionalidad, en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo. Recuperado de: http://www.google.com/url?esrc=s&q=&rct=j&sa=U&url=http://138.94.255.164/Sentencias/841985.50582018.pdf&ved=2ahUKEwiE_8ap8MrAhXBTTABHfUUBQ4QFnoECAQQAg&usg=AOvVaw1pxctuDlvAYmv3wA-vp-lc

- Expediente 906-2001, en sentencia de fecha 11/06/2002; la Corte de Constitucionalidad en calidad de Tribunal extraordinario de Amparo. Recuperado de: <https://www.google.com/url?esrc=s&q=&rct=j&sa=U&url=https://gt.vlex.com/vid/-423829106&ved=2ahUKEwihhbW688r-AhWASDABHVuAt0QFnoECAEQAg&usg=AOvVaw3RuD04wuiyMBXQKkogjsIN>
- Sentencia del Tribunal Constitucional de España 154/1990 de fecha 15 de octubre de 1990. Recuperado de: <https://www.google.com/url?esrc=s&q=&rct=j&sa=U&url=https://vlex.es/vid/1-2-15356872&ved=2ahUKEwi85dqt8crAhXQSDABHbCCD1cQFnoECAkQAg&usg=AOvVaw30hkCIE5AuMY8IzVAD3A7L>
- Expediente 1201-2012, sentencia de fecha 25/6/2012, Cámara Penal, de la Corte Suprema de Justicia. Recuperado de: <https://gt.vlex.com/vid/-457301238>

El cambio de paradigma procedimental en las penas conmutables en protección de los condenados

Lic. Roy Mynor Aguilar Meléndez

Antecedentes históricos:

En la antigüedad la pena de prisión fue una alternativa para aquellos seres humanos que quebrantaban la ley, en sustitución por ejemplo de la *lex talionis*, o inclusive la muerte, penas que conllevaban la aplicación de torturas físicas y psicológicas. Un claro ejemplo de las penas en la antigüedad se puede establecer en la Biblia, como lo es el caso Caín vs. Abel, donde Caín se ensañó contra su hermano dándole muerte, y por cuya acción obtuvo una pena inmutable (o sea invariable) al ser debilitado para labrar la tierra, errante y extranjero, y a pesar de haber apelado la pena fue confirmada. Por ello la pena *conmutatio* es un beneficio exclusivo para aquellas conductas delictivas cuya pena es mínima, en Guatemala esa pena mínima no debe superar los cinco años de prisión.

Señala Quisbert, Ermo, (2008) en su libro Historia del Derecho Penal a través de las escuelas penales y sus representantes, menciona tres etapas históricas de la pena en la etapa pre-científica, en primer lugar menciona la forma primitiva de la pena que se divide en venganza privada absoluta, venganza de sangre, y la expulsión de la paz; en segundo lugar menciona las formas históricas de la pena y las divide en el talió, la composición, la venganza divina, la venganza pública, derecho penal romano, derecho penal germánico, derecho penal canónico, y derecho penal europeo; y una tercera que denomina los glosadores y postglosadores.

En este sentido cabe mencionar que conmutar no es rebajar la pena; sino que es permutar, modificar o cambiar en sí una pena en un beneficio legalmente establecido por el órgano competente o sea derecho positivo vigente, que se convierte en otra manera de cumplimiento de la pena, y como bien lo menciona la revista de la Asociación Catalana de Historia del *Dret Initium* número diecisiete (2012) en su página doscientos sesenta y cinco, que indica: “la conmutación conllevaba en la mayor parte de los casos un beneficio, pero nunca un privilegio. Idea que, desde una perspectiva, a la realidad plasmó Carpozov cuando, al destacar la facultad de los tribunales de superiores para remitir, apuntaba que era más fácil mitigar que remitir del todo la pena...”.

Así mismo la conmuta surge del reinado de los Reyes Católicos, para que sus súbditos los vieran con mejores ojos e intenciones en virtud que existían penas corporales las cuales eran más severas, sin embargo, se entremezclaba de forma habitual, la benignidad del monarca para disminuir el dolor de la pena corporal con el interés de conseguir mano de obra barata, entonces la pena dejaba de ser corporal y se convertía en trabajo; para ser beneficiario a esta conmuta no era necesario cumplir algún requisito, sino simplemente la benignidad del monarca. Inclusive después de la sentencia si la pena era inconmutable, el príncipe como una manifestación de sus regalías podía conceder la conmuta.

Es importante indicar que las penas comprendidas entre la pena de muerte natural y las pecuniarias fueron conmutables, refiriéndose a la cadena perpetua y la pena de muerte, y se reconocía que las penas corporales eran las que ocupaban el primer lugar para ser conmutables, toda vez que especialmente entre los años 1502 y 1505, dieron lugar a medidas para aplicar la conmuta a aquellos condenados con penas corporales que no reportaban ningún interés para la Corona, por otras penas más adecuadas a su interés con la finalidad de ayudar el fortalecimiento de la nueva estructura del Estado.

En el siglo diecinueve el beneficio de la conmuta, dio un giro inesperado en el que el condenado no recibía mucho beneficio, y por el contrario existió otro tipo de conmuta que buscaba imponer penas equivalentes a la conmutada, o sea que en este caso la pena de los reos era permutada a una pena mayor, y por lo tanto le agravaban la pena impuesta. Y al terminar la Revolución Francesa y la creación de principios en los Códigos Penales y otras leyes excéntricas, la conmuta de la pena se reservó exclusivamente para el poder Ejecutivo, quedando los jueces limitados a proponer la conmuta, especialmente en los delitos de mayor gravedad como la pena de muerte. *A contrario sensu* la pena de muerte si ha tenido un especial trato a nivel internacional, por la protección al derecho a la vida.

En Guatemala existe la iniciativa de ley 5038 denominada Iniciativa que dispone aprobar la ley reguladora de la conmuta de la pena en los condenados a muerte, la cual fue presentada por los diputados Marcos Fernando Yax Guinea, Juan José Porras Castillo y compañeros, en la que manifiestan que en la historia se ha creído a nivel mundial la pena de muerte como una solución, contrario a los linchamientos y a las políticas de limpieza social practicada recurrentemente en Guatemala, y aunque ellos consideran la pena de muerte como parte de la política criminal dentro de un estado de derecho, como castigo a quienes han cometido delitos gravísimos, promueven la conmuta de esta pena.

Surge la necesidad de poner límites a la conducta humana, con el fin de mantener un control de armonía social; como lo refiere la Licenciada Astrid Idalia Lima Castilla en sus tesis de grado (2015) de la Universidad Rafael Landívar de Guatemala denominada El Delito, “Puede sustituirse su origen en acontecimientos religiosos como lo fuere la comisión del denominado “Pecado original” o incluso los mandamientos entregados a Moisés que contenían reglas para entrar al cielo y que estipulaban reglas de conducta a cumplir por el hombre.”

El Estado instituye la pena como una forma de control social a efecto de mantener la armonía y paz entre sus habitantes cuyo fin supremo él es bien común, de allí que un Estado no puede

impartir justicia en otro Estado, inclusive dentro de un mismo Estado si hubiere una división geográfica lo que en derecho se conoce como competencia territorial, tampoco podría impartir justicia; toda vez que ésta solo puede ser resuelta por quien tiene la competencia autorizada, a efecto que se garantice la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

Finalidad estatal:

La Constitución Política de la República de Guatemala tiene una función de suma importancia como lo son garantizar derechos fundamentales, poner límites, y la organización del Estado, entre sus fines principales están garantizar a los habitantes de la República de Guatemala el bien común y la libertad entre otros; en la etapa de ejecución respecto a penas conmutables no es la excepción, porque el artículo uno establece que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo él es bien común, así también el artículo 2 establece que debe garantizar a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona; y en el caso de condenados con penas conmutables ha visto y oído que se quejan que nunca se enteraron a partir de qué momento podían pagar su conmuta, y que de haberlo sabido hubieran realizado las gestiones necesarias para el pago.

En el ejercicio profesional hemos podido identificar dos tipos de condenados: 1) los condenados que manifiestan estar conscientes que podían pagar la conmuta y no tenían capacidad económica de pago; 2) los condenados que si tenían conocimiento del pago de la conmuta, pero que a pesar de presentarse en múltiples ocasiones al Juzgado de Ejecución Penal, le indicaban que aún no tenían conocimiento y no les podían dar información; por la distancia, los gastos que ocasionaba estar viajando al Juzgado, y otros por motivos laborales dejaron de llegar, pero solicitaron que les avisaran para no llegar por gusto y poder pagar, y les respondieron con una respuesta negativa, y por el contrario recibieron el mismo trato de procedimiento que se da en las penas incommutables.

Nuestra preocupación son aquellos condenados que han ido al Juzgado de Ejecución varias veces y les indican que el juzgado aún no ha recibido su proceso, por lo que no pueden realizar el pago de conmuta, quebrantándose un derecho humano primordial como lo es la libertad al ordenar su aprehensión; por su parte el Abogado Barrientos Pellecer, César, manifiesta en la Revista de ciencias penales de Costa Rica, refiriéndose a Guatemala: “la ejecución de la sentencia; uno de los más precarios y deficientes alcances de la reforma se concentra en la fase de ejecución de las penas de prisión, cuyo carácter constitucional de rehabilitación es una, para no decir otra cosa, ilusión”, y sigue indicando que “el control judicial no produce los

efectos legales esperados de vigilancia y control de la ejecución de la pena y menos proteger los derechos humanos...”.

El derecho penal no es solamente sancionador, sino también preventivo, por su parte el Estado debe controlar y garantizar en bien común de todos sus gobernados, entre sus funciones está legislar, empero hay temas que por no ser de impacto social los dejan a un lado sin importancia, y si bien es cierto los constitucionalistas al redactar la Constitución Política tuvieron la visión de plasmar principios fundamentales y garantías constitucionales; empero en el caso del trato procedimental respecto a penas conmutables es importante cambiar la mentalidad y comprender que se debe ponderar entre la libertad corporal y la prisión, toda vez que el legislador al crear normas positivas en materia penal, procesal penal y penitenciaria, no realizaron la noesis de separar el trámite en ejecución de penas conmutables, de las penas inconmutables.

La problemática deviene a raíz de personas condenadas mediante una sentencia conmutable y con capacidad de pago son capturadas por orden de aprehensión giradas por el Juzgado de Ejecución, pudiendo haber pagado y evitado ingresar a un centro carcelario, empero la ignorancia en algunos casos, en otros la falta de dirección motiva a creer que el proceso cesó en definitiva, y eso no es cierto, lo cual conlleva no solo un sufrimiento físico y psicológico del condenado desde su captura,

sufrimiento vejámenes al ingresar al centro carcelario lo cual es de conocimiento público por medio de medios de comunicación, los cobros ilegales dentro del centro carcelario, sino también conlleva un sufrimiento a su núcleo familiar.

Un ejemplo de estos cobros ilegales es la noticia publicada el dieciocho de julio de dos mil veintitrés en el diario Prensa Libre la cual dice: "...Tres hombres que el sábado 15 de julio último fueron capturados por agentes de la Comisaría 32 de la Policía Nacional Civil (PNC), en Barberena, Santa Rosa, fueron encontrados sin vida en su celda en el sector 10 "Los Paisas", de la cárcel de prisión preventiva El Boquerón, ubicado en Cuilapa, en ese mismo departamento..."; o el caso de Laureano Mendoza Sancoy quien murió en el sector 2 de la cárcel de Mazatenango, Suchitepéquez, en una trifulca aparentemente por no pagar talacha... publicada en el Diario Prensa Libre el 26 de septiembre del año 2015".

En el caso particular de la etapa de ejecución el legislador no previó las sentencias condenatorias con pena conmutable haciendo referencia a esto puesto que el derecho positivo procesal penal, ni penitenciario refieren un procedimiento específico para las penas conmutables, en las cuales se debe privilegiar la libertad previo a ordenar la aprehensión, dándole oportunidad al condenado a pagar la conmuta toda vez que si bien es cierto posterior a la sentencia no existe la medida

sustitutiva, el condenado continua gozando de la misma hasta ser capturado, puesto que el Juzgado de Ejecución no notifica ni al defensor, mucho menos al condenado que ya recibió el proceso dando oportunidad para que se pague la conmuta, sin embargo no es así, lo que si es necesario aclarar que una vez ingresado al centro carcelario, en cualquier momento puede el condenado realizar el pago de la conmuta conforme el artículo 502 del Código Procesal Penal.

Con el protocolo utilizado se olvida que la primera ratio debe ser la libertad y no la prisión como sucede en la actualidad en todos los juzgados de ejecución al no informar a partir de qué momento el condenado puede pagar la conmuta, y solo se ordena la aprehensión, afirmación *quae non indiget verificationis* conforme el artículo 493 del Código Procesal Penal, pero es importante comprender que el espíritu de esta normativa procesal es para la ejecutoriedad de penas inconmutables. Ejemplo de casos concretos de condenados con penas conmutables: Ejecutoria 2417-2014 por delito de violencia contra la mujer orden girada por el Juzgado Primero Pluripersonal de Ejecución Penal de Guatemala; Ejecutoria 1976-2021 por el delito de violencia contra la mujer, orden girada por el Juzgado Tercero Pluripersonal de Ejecución Penal de Chiquimula; Causa 9011-2024-109 por delito de Promoción y estímulo a la drogadicción, orden girada por el Juzgado Segundo Pluripersonal de Ejecución Penal de Quetzaltenango.

Solo pensar que en cualquier momento puede ser capturado conlleva en primer lugar temor de ingresar a una cárcel, porque nadie desea ingresar a una cárcel y al momento de ser aprehendido ese temor puede ser tan fuerte que en ocasiones produce la muerte como lo fue el caso del señor de León Victoria, quien ingresó a la cárcel de Puerto Barrios Izabal por orden de aprehensión por el delito de resistencia a la acción fiscalizadora de acuerdo a la publicación en Facebook de fecha 22 de diciembre de 2021 por Notimundo Región Norte, en segundo lugar la separación familiar, y entre otros, el daño emocional que absorbe la familia al enterarse que su ser querido va a ingresar a una cárcel, así también queda desprotegida económicamente la familia si el condenado era el proveedor, y si tienen hijos afecta la falta de la figura paterna o materna.

Se cree que existe una obligación legal de parte del Juzgado de Ejecución a notificar al condenado que el proceso ya está en ese órgano jurisdiccional, de acuerdo al debido proceso y tutela judicial efectiva, así como lo regulado en el artículo 7 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el artículo 267 del Código Procesal Penal que establecen que el detenido debe ser notificado inmediatamente de su detención, lo cual no significa que tiene ese derecho únicamente al momento de su detención previo a su primera declaración; sino que lo tiene desde un principio hasta que finaliza el proceso. El derecho a

ser notificado como garantía de debido proceso se regula en el artículo 160 del Código procesal penal que establece que toda decisión judicial debe ser notificada, surge entonces la pregunta ¿Por qué en ejecución no notifican al condenado al recibir el expediente?

Como respuesta a esta interrogante encontramos que el juzgado de ejecución no está obligado porque la legislación positiva guatemalteca no ordena notificar la recepción de oficios, porque no emite un decreto de recepción del expediente, y por lo tanto a los condenados con sentencias firmes conmutables, le dan el mismo trato que a los condenados con sentencias firmes inconmutables, razón por la cual al recibir el proceso proveniente del Tribunal de Sentencia, se practica el cómputo correspondiente y se ordena la inmediata aprehensión si el condenado estuviera en libertad como lo establece el artículo 493 del Código Procesal Penal, y claro de acuerdo al razonamiento lógico a los condenados con penas inconmutables, al no tener ningún beneficio, lo único que le queda, es cumplir la condena en prisión en el centro carcelario ordenado por el juzgado de ejecución.

El cambio de paradigma:

Aunque durante el proceso penal no se le toma la importancia debida, y por ello no deja de ser importante es el tema de la protección familiar, porque al final cuando un condenado con una pena conmutable es aprehendido la familia también sufre

emocionalmente. La Constitución Política de la República de Guatemala al igual que la Convención Americana de Derechos Humanos establece que la familia es un elemento natural y fundamental dentro de la sociedad y por lo tanto debe de protegerse tanto socialmente, como por el Estado, y el Estado en su función coercitiva en cumplimiento de esta protección familiar, debería avisar de alguna manera a los condenados en qué momento pueden acercarse a pagar la conmuta de su pena.

El condenado al ser capturado y puesto a disposición de juez competente, quien por imperativo legal solamente le hacen saber el motivo de su detención, y se remite al centro carcelario correspondiente para que cumpla la sentencia impuesta procediendo la Policía Nacional Civil a su traslado; posteriormente el órgano jurisdiccional que hizo saber el motivo de detención remite el expediente a la oficina de Gestión Penal para que a su vez sea remitido al Juzgado de Ejecución lo cual hace mediante un oficio, y el Juzgado de Ejecución al recibir el expediente inicia el procedimiento establecido en el artículo 493 del Código Procesal Penal. El cambio de paradigma obedece exclusivamente para el caso de la ejecución de las penas conmutables.

Los Juzgados de Ejecución tienen a su cargo el control de la ejecución de la pena, así como que las condenas penales no serán ejecutadas sino hasta estar firmes; entre las funciones

de estos juzgados está ordenar donde debe cumplir prisión el condenado, y si este estuviere en libertad ordenará su inmediata detención, siendo esta última frase donde existe un vicio legal porque no diferencia entre las penas conmutables de las penas incommutables, y allí donde los condenados reciben el mismo trato.

El debido proceso enseña que la defensa de la persona y sus derechos son inviolables; Agudelo define el debido proceso como un derecho esencial e irremplazable sumergido en los principios y garantías necesarios para llevar a cabo los distintos métodos con el objetivo y fin de llegar a solventar un problema de la manera más justa, dentro de los parámetros sociales, democráticos y de acuerdo al ordenamiento jurídico. Es un derecho que todos los sujetos que han intervenido en un proceso penal tienen y deben sujetarse a esas reglas claras en igualdad y derechos.

El principio por *homine*, también conocido como principio pro persona como parte del control de convencionalidad refiere que la interpretación de la norma debe ser extensiva en favor de los derechos del ser humano, este principio es fundamental en la interpretación del artículo 493 del Código Procesal Penal para que en los juzgados de ejecución cambien el pensamiento de dar el mismo trato a los condenados por sentencia firme con penas conmutables, de los condenados por sentencias firmes incommutables, por lo que al recibir el expediente proveniente del

Tribunal de Sentencia a los condenados con penas conmutables se les debe de notificar que el expediente ya se encuentra el juzgado de ejecución, empero difícilmente va a suceder.

El beneficio de la conmuta de la pena privativa de libertad, está regulado en el artículo 502 de nuestra ley sustantiva penal, y ésta regula que son conmutables en primer lugar la prisión que no exceda de cinco años y en segundo lugar el arresto. En el primer caso la conmuta se regulará entre un mínimo de cinco quetzales y un máximo de cien quetzales por cada día atendiendo a las circunstancias de cómo ocurrieron los hechos y también de las condiciones económicas del penado. Como se aprecia el único requisito para ser beneficiado con una pena conmutable es que el delito no ordene más de cinco años de prisión; y en el caso del arresto siempre debería ser beneficiado condenado porque su máximo es sesenta días de arresto.

Conversando con un Juez de Ejecución externaba la afirmación que efectivamente los procesos de condenados con penas inconmutables y los procesos de condenados con penas conmutables reciben el mismo procedimiento, y que no notifican porque sería una carga laboral más de las que ya tienen, he indicaba que no notifican a los condenados que el expediente ya se encuentra en ese órgano jurisdiccional porque al recibir uno o varios expedientes provenientes de los Tribunales de Sentencia Penal; Gestión Penal es quien los entrega al Juzgado

de Ejecución por medio de una hoja de ruta, y la recepción se ingresa al Sistema de Gestión Penal (SGT), por lo tanto no se emite decreto.

Por consiguiente se revisa y se determina lo que se resolvió en la sentencia para darle el cumplimiento a la misma y allí es donde se determina si la pena es conmutable o es inconmutable; en cuanto al pago de la conmuta ya es obligación de las partes quienes tienen que gestionar acudiendo a ese órgano jurisdiccional a solicitar el recibo e ir al banco a realizar el pago, el problema es que a veces las personas en su desconocimiento piensan que ya resolvieron su situación jurídica, posiblemente por falta de información u orientación de su abogado, quien no les explica qué es lo que deben hacer en caso de que la pena que le haya sido impuesta sea conmutable, para pagar y no ir a la cárcel.

Nuestra propuesta es que la conmuta se pague en el Tribunal de Sentencia o el Juzgado de Primera Instancia en el caso de sentencias dictadas por medio del procedimiento de aceptación de cargos; de igual forma como actualmente se puede pagar la reparación digna o la multa, para que cuando llegue el expediente al Juzgado de Ejecución Penal, se revise, se determine que esté correcto el cómputo y se archive el proceso penal, a lo cual el Juzgador ve como una propuesta positiva y manifiesta que muchas veces se tienen ideas restrictivas de lo que no se debe

hacer; pero muy bien pudiera hacerlo el tribunal de sentencia o bien en primera instancia quien a su vez dicta una sentencia, considerando los años de 360 días, es una muy buena idea que quizá si ayudaría, siempre y cuando pague de una vez la reparación digna si la hubiera. Lo mismo se le preguntó a una Jueza de Paz Penal, y en el mismo sentido expresó la viabilidad de la propuesta.

Por lo manifestado anteriormente es importante la interpretación de las ciencias jurídicas y sociales, especialmente en las normas positivas, puesto que el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial dice que la ley se interpreta conforme su texto, en el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales; y al tenor del artículo 493 del Código Procesal Penal, aplicando una interpretación constitucional y convencional podemos percatarnos que el procedimiento es para las penas inconvertibles, y no hay prohibición alguna de aplicar otro procedimiento en el caso de ejecución de sentencias condenatorias con penas convertibles, permitiendo mediante la ponderación una solución práctica a la problemática observada.

De la misma forma hay que interpretar el artículo siguiente del Código Procesal Penal, mismo que estipula que el juez de ejecución revisará el cómputo practicado en la sentencia, empero en la sentencia no se practica cómputo alguno, en la

sentencia se ordena la pena a cumplir pudiendo ser inmutable o conmutable de acuerdo a los límites establecidos en el Código Penal, atribuyendo a los juzgados de Ejecución Penal la revisión del cómputo, para determinar de manera exacta la fecha que finaliza la condena y la fecha a partir de la cual el condenado puede solicitar alguno de los beneficios penitenciarios existentes, pudiendo ser el computo reformable aun de oficio.

De cualquier manera, se aprecia que no existe prohibición para ejecutar las sentencias de penas conmutables, mediante un procedimiento distinto al utilizado actualmente. En todo caso, si se les hiciera el requerimiento por parte del defensor o del condenado sobre el pago de la conmuta en los juzgados: de Paz Penal, de Primera Instancia Penal o Tribunal de Sentencia, se considera que no usurparían el cargo de Juez de Ejecución, porque solo se recibiría el pago una vez firme la sentencia, no se ejecutaría la misma y la prioridad es el cumplimiento de la sentencia, se velaría por los fines del proceso penal, y ponderando la situación también se garantizaría la libertad del condenado, tomando en consideración que únicamente será en aquellas condenas conmutables que no superan los cinco años de prisión.

El Maestro Ferrajoli expone que el garantismo penal es precisamente tener claro el conocimiento de “garantía” lo que significa que es una obligación que corresponde al derecho

subjetivo, considerando que esta debe estar reconocida por normas jurídicas positivas como una tutela del derecho; separándolo en garantías primarias las cuales son atribuidas a la conducta del sujeto activo, y las secundarias que son atribuidas a los órganos jurisdiccionales con la finalidad de sancionar conductas, declarar nulos actos fuera de la ley por su invalidez o falta de requisitos, y también garantías que violen las garantías primarias o sea los derechos humanos.

La moción:

A priori es importante comprender que sobre el procedimiento de penas conmutables no hay literatura ni doctrina, debe iniciar a promoverse, así también se debe aceptar que no todo condenado es culpable, sino que por circunstancias procesales el acusado o sus testigos por nerviosismo no declararon de manera correcta, no hubo un ofrecimiento de prueba adecuado, no se practicó un buen interrogatorio o contrainterrogatorio, o bien el acusado por evadir un proceso penal lento y dilatado que conlleva no solo pérdida de tiempo, el cual se transforma en pérdida de tiempo laboral por un lado, y otro lado la posibilidad que las emociones produzcan desgaste físico y mental; lo que coadyuva que el procesado que en aquellos tipos penales cuya pena no supera los cinco años, se decida a aceptar alguna de las vías procesales sumarias, finalizando con una sentencia condenatoria con el beneficio de la conmutabilidad.

Cuando se expresa que no existe doctrina es porque la mayoría de literatura y sentencias se limitan a hacer referencia al artículo 50 del Código Penal indicando: “El artículo 50 del Código Penal establece: Son conmutables: 1º. La prisión que no exceda de cinco años. La conmuta se regulará entre un mínimo de cinco quetzales y un máximo de cien quetzales por cada día atendiendo a las circunstancias del hecho y a las condiciones económicas del penado. Verbigracia el expediente 119-2011 de la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, del once de octubre del año dos mil once “En la presente causa al descender a la sentencia de primer grado, se constata que el tribunal otorgó este beneficio al procesado, por haber determinado una pena de cinco años de prisión, pero, al no haber acreditado las condiciones socioeconómicas del procesado, se interpretó erróneamente el artículo 50 del Código Penal, en lo concerniente a la fundamentación del monto de la conmuta a veinte quetzales por día. Por lo mismo, no debió determinarse un monto superior al mínimo del rango establecido en la ley.”

De la misma forma hace referencia en su segundo considerando la sentencia del expediente 2137-2019 de la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, del dieciocho de octubre del año dos mil veintiuno al referirse a los requisitos de la conmuta: “ El artículo 50 del Código Penal en el numeral 1º establece: «Son conmutables: 1o. La prisión que no exceda de cinco años...».

En segundo lugar es posible que el condenado si sea culpable de algún tipo delictivo empero por el tipo delictivo la pena puede ser conmutable; no obstante este es un tema que hay que iniciar a ponerle atención en beneficio de los condenados con penas conmutables, en virtud que hasta el momento no existe en nuestra legislación guatemalteca un procedimiento específico para el trato de la ejecución de las penas conmutables, no hay literatura, mucho menos doctrina legal, siendo que al referirse a la conmuta de la pena lo hacen refiriéndose a lo regulado en el artículo 50 del Código Penal manifestando que la prisión no exceda de cinco años, la conmuta se regulará entre cinco quetzales y un máximo de cien quetzales por cada día atendiendo las circunstancias del hecho y las condiciones económicas del penado, así también que el arresto es conmutable.

Reflexionando en propuestas a la solución de este enigma, considerando que nuestra Constitución Política, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hasta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no solo reconocen sino que garantizan el derecho que toda persona tiene la libertad personal, y a no ser privado de ella salvo causas y condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes, o leyes dictadas conforme a ellas, por lo tanto la interpretación no debería ser taxativa, sino extensiva aplicando el principio pro persona aplicando la ponderación prefiriendo como *prima ratio* la libertad personal, porque si se

otorga un beneficio como lo es la conmuta debe ser íntegro no a medias.

Para Edmundo Vásquez Martínez ex presidente del Organismo Judicial y Corte Suprema de Justicia, en el libro *El Amparo Reflexiones en Torno a su Reforma Procedimental*, expresa que el amparo es: “El proceso de Amparo puede definirse como aquel que, por razones jurídico materiales, es el instrumento especializado en obtener satisfacción de pretensiones de mantenimiento o restitución en el goce de los derechos humanos”. Como se puede apreciar la acción constitucional de amparo no solo restituye, sino también mantiene derechos; entre sus objetos mencionados en el artículo 1 de la Ley de Amparo estable desarrollar garantías y defender los derechos inherentes a la persona protegidos por la Constitución Política de la República de Guatemala, la leyes y convenios internacionales ratificados por Guatemala, de igual forma se regula en su artículo 8, vemos entonces a priori el privilegio de la libertad personal sobre cualquier otra acción.

De acuerdo a la definición manifiesta por el ex presidente del Organismo Judicial y Corte Suprema de Justicia, la importancia de mantener el goce de los derechos humanos es principal, al interpretar este razonamiento claro está primordialmente la libertad personal de los individuos, en la misma dirección que lo establece el artículo 265 de la Constitución Política de la

República de Guatemala al regular que el fin del amparo es la protección de las personas contra amenazas de violaciones a sus derechos, “o sea previo o preventivo” porque después refiere el mismo texto constitucional la palabra restaurar, o sea que su finalidad es preventiva y restauradora.

Bajo esa premisa se podría plantear una acción constitucional de amparo como una acción preventiva para aquellos condenados con penas conmutables toda vez que el procedimiento regulado en el artículo 493 del Código Procesal Penal, es un procedimiento para penas inconmutables y al aplicarlo a ambas clases de penas existe una clara violación principalmente al derecho humano como lo es la libertad, tutela judicial efectiva y protección a la familia, entre otros; solicitando que la Corte Suprema de Justicia de la República de Guatemala emita circular o acuerdo ordenando a los juzgados de ejecución que en las sentencias con penas conmutables se notifique al condenado que el expediente de su proceso ya fue recibido por ese Juzgado de Ejecución para que se sepa que a partir de esa notificación puede acercarse a pagar su conmuta, y con ese acto tan sencillo se privilegiaría la libertad, garantizaría el debido proceso, tutela judicial efectiva, y protección a la familia, así como tratados internacionales, especialmente la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 5.2, 7.1, 10.1, y 17.1; lo anterior no significa la imposibilidad de que institucionalmente se pueda llegar a algún acuerdo con la Corte.

Empero es importante considerar que si un abogado lo plantea seguramente lo ignorarán, inclusive es posible que hasta sea rechazado de manera liminar, pero ¿Qué pasaría si el planteamiento de esta acción lo realizara el Instituto de la Defensa Pública Penal, el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, la Oficina Nacional de Prevención de la Tortura, o inclusive si lo hiciera en su función objetiva el Instituto de la Víctima o el Ministerio Público?

Los Doctores Lapoyeu, Héctor y Archila, Luis, exponen que la fase de ejecución consiste en controlar el cumplimiento de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad, fortaleciendo de esta manera el principio constitucional de juzgar y ejecutar lo juzgado, como se puede observar no hacen referencia a lo relativo a penas conmutables, y no hay que confundir la pena privativa de libertad con la pena conmutable, aunque si bien es cierto la conmuta se convierte en privativa de libertad, solo si no se paga la misma, pero si no se sabe a partir de qué momento se puede realizar el pago, se vulnera el derecho a la libertad personal.

Y continúan manifestando que estos juzgados son los encargados de controlar el cumplimiento de la pena de prisión, multas, régimen de prueba en las suspensiones condicionales

de la persecución penal y el control de las medias de seguridad y corrección.

Meditando en otra solución, se le propuso la iniciativa de realizar el pago de la conmuta ante el mismo órgano jurisdiccional que dictó la sentencia, tanto un Juez de Ejecución Penal, como una Jueza de Paz Penal con competencia para Delitos Menos Graves, y ambos consideraron como una buena iniciativa que la conmuta se pague en el Tribunal colegiado o unipersonal que dicte la sentencia de igual forma como actualmente se puede pagar la reparación digna o la multa, si bien es cierto, es posible que haya recurso de apelación, este pago se realizaría hasta estar firme la sentencia, para que cuando llegue el expediente al Juzgado de Ejecución Penal, se revise, determine que esté correcto el cómputo y se archive el proceso penal, ambos jueces también coincidieron que muchas veces se tiene ideas restrictivas de lo que no se debe hacer pero muy bien pudiera hacerlo el tribunal de sentencia o quien a su vez dicta una sentencia, considerando los años de 360 días, es una idea que quizá si sería efectiva y ayudaría no solo al condenado, sino también a los juzgados de ejecución con la mora judicial.

“Para este cambio de paradigma se necesita voluntad, y esta voluntad no la va a tener el Juez, por eso somos los defensores y que mejor que los defensores públicos quienes estamos llamados a promover el cambio, por una defensa oportuna, gratuita y eficaz”.

Referencia Bibliográficas

- Alvarez Mancilla Erick Alfonso – Davila Méndez Juan José (2023) El Amparo Reflexiones en torno a su reforma procedimental (1ra edición) Guatemala. Pág. 35.
- Ferrajoli, Luigi (2006) El Garantismo Penal, Serie 34 de Estudios Jurídicos, Universidad Autónoma de México, México. Págs. 4, 5.
- Lapoyeu López Héctor Israel – Archila Lima Luis Fernando (2022) Delitos Menos Graves, Editorial Fenix, segunda edición, Guatemala. Pág. 78.
- Quisbert, Ermo, (2008) Historia del Derecho Penal a través de las escuelas penales y sus representantes, Bolivia. Pág. 12.

Tesis:

- Lima Castillo, Astrid Idalia. (2015) “El Delito” (Tesis de Grado) Universidad Rafael Landívar de Guatemala. Págs. 6, 7.

Material legal:

- Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal (2011) Expediente 119-2011 del once de octubre del año dos mil once. Segundo considerando segundo párrafo.

- Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal (2021) Expediente 2137-2019 del dieciocho de octubre del año dos mil veintiuno. Segundo considerando tercer párrafo.
- Yax Guinea, M., Porras Castillo, J. y compañeros, Iniciativa de Ley 5038, Ley Reguladora de la conmuta de la pena de muerte, Dirección Legislativa, Congreso de la República de Guatemala (2016) Págs. 1,3,4.

Leyes:

- Constitución Política de la República de Guatemala (1985)
- Convención Americana de Derechos Humanos Decreto 6-78 (1978)
- Código Penal de Guatemala Decreto 17-73 (1973)
- Código Procesal Penal de Guatemala Decreto 51-92 (1992)
- Ley del Organismo Judicial Decreto 2-89 (1989)
- Ley del Sistema Penitenciario Decreto 33-2006 (2006)

Revistas:

- Asociación Catalana d'História del Dret "Jaume de Montjuic" (2012), La conmutación de Las Penas: una Revisión Histórica, Revista INITIUM, España. Págs. 264, 265, 342, 343.
- Barrientos Pellecer, César, Evaluación de la Reforma Procesal Penal en Guatemala (2013), Revista de Ciencias Penales de Costa Rica, Costa Rica. Pág. 62.
- Valdivia, Carmen, (2008) La Familia. Concepto, cambios y nuevos modelos. Revista La Revue du REDIF Volumen 1, España, Págs. 15, 16.

Valoración de prueba ilícita en los procesos penales por extorsión y su impacto en las garantías fundamentales

Lic. Henry Alexander Paniagua González

El Estado de Guatemala ha garantizado que todas las personas sean tratadas con igualdad ante la ley, lo cual deviene de preceptos constitucionales que se incorporaron a la Constitución Política de la República de Guatemala vigente, la cual marcó el inicio de la era democrática y modificó las normas de carácter ordinario en pro de la protección de las garantías fundamentales.

La protección de las garantías fundamentales se constituye en la actualidad como una herramienta que tienen los ciudadanos, independientemente si están o no, sujetos a un proceso penal, y tal como se verá en esta investigación, los mismos son consecuencia de una lucha histórica que se ha tenido que llevar a cabo, con tal de salvaguardar todos aquellos derechos que no pueden ser vulnerados por el poder punitivo del Estado.

Debido al marco del Estado de Derecho que ha reconocido Guatemala, la normativa constitucional incorporó preceptos que tienden a fomentar la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, abarcando todas aquellas áreas principales para el correcto desarrollo de las personas, incluyendo aspectos como el trabajo, la vivienda, la seguridad, la economía, la justicia y otros múltiples sectores, con el fin de evitar que el Estado con la excusa del poder sancionador que ostenta, transgreda dichas garantías, que incluso tienen el rango superior de las normas jurídicas al haberse incorporado por los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente en el año de 1985.

Dentro de los aspectos que regula la Constitución Política de la República de Guatemala, sobre el tema de las garantías fundamentales, en el orden que fueron incluidos por los constituyentes, primeramente, resulta menester explicar el deber del Estado de garantizar la justicia a los habitantes de la República, pues éste se encuentra reconocido en el artículo dos constitucional.

El derecho de garantizarle la justicia a todos los habitantes es de suma importancia, dado que este se materializa por los órganos jurisdiccionales y para llegar a ello, imperativamente se requiere que se respeten las garantías fundamentales bajo las cuales se amparan las personas sindicadas de cometer algún ilícito penal y por medio de la justicia se hacen valer los derechos de una manera justa y equitativa. Por lo que la justicia evidentemente es una parte medular en torno a las garantías fundamentales.

Un Estado de Derecho no se puede forjar si este no garantiza las reglas que permitan el acceso a la justicia de una manera igualitaria, partiendo de esta aseveración asumimos que, el Sistema de Justicia es una pieza importante para que los ciudadanos y las ciudadanas depositen en él toda su confianza para el cumplimiento del ordenamiento jurídico situando con un énfasis mayor a los grupos más vulnerables y dentro de éstos las personas mayores deben ser visualizadas con gran relevancia ya que han sido las más

discriminadas para un disfrute pleno de todos sus derechos.
(Maldonado, s.f. Pág. 1)

Es decir, el adecuado acceso a la justicia resulta ser una herramienta de gran valía para el cumplimiento del Estado de Derecho y en consecuencia para el respeto y protección de las garantías fundamentales, lo que a su vez implica que la justicia debe ser aplicada por el Organismo Judicial y el Ministerio Público en cuanto a materia penal se refiera, más aún porque, la justicia no es estática, sino todo lo contrario.

El modelo de Justicia, y el acceso a la misma, es un modelo dinámico y en evolución, y esta tendencia se percibe ya con fuerza en los albores del siglo XXI, en relación a su desarrollo hacia un modelo más abierto y plural, que ofrece al ciudadano alternativas y posibilidades, que le permite elegir y ser protagonista directo de la resolución de sus conflictos, que le integra en la Administración de la Justicia y que incide en la dimensión social, cívica y humana de la Justicia, más que en la institucional y profesionalizada que encarna el modelo sustentado sobre la primacía del proceso judicial. (Martin Diz, 2014, Pág. 164)

La correcta aplicación de la justicia es un reto para el Estado de Guatemala, especialmente porque debe abarcar a todas las personas sin distinción alguna y a nivel nacional existe una

multiplicidad de culturas, lo que se refleja con el simple hecho que se hablan en el país actualmente 22 idiomas distintos.

Por otra parte, el artículo 12 constitucional establece lo relativo al derecho de defensa, expresando que la defensa de la persona y sus derechos son inviolables. El cual ha logrado tal aceptación que también se encuentra reconocido en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y profundizado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otras cosas porque el derecho de defensa está ligado con el debido proceso.

El derecho de defensa es de difícil protección en la práctica de los órganos jurisdiccionales, tomando en consideración que puede ser vulnerado, entre otras cosas, por no poder contraexaminar a testigos ni peritos, por no otorgarle al sindicado y su abogado defensor tiempo suficiente para examinar la causa a efecto de revisar el acervo probatorio a que tiene derecho cualquier persona encausada.

De manera que el derecho de defensa, no se materializa únicamente por la presencia de un abogado defensor en las actuaciones judiciales, sino que se requiere imperativamente que la defensa sea eficaz al ejecutar todas aquellas herramientas legales nacionales e internacionales que le concede las normas jurídicas.

Otra garantía fundamental que reconoce la Constitución Política de la República de Guatemala es la presunción de inocencia en su artículo 14, mediante el cual se considera como inocente a toda persona sindicada, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada. Recogido también en el artículo 8 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Reconocer la garantía de la presunción de inocencia a nivel constitucional resulta de suma relevancia, dado que esta presunción puede ser vulnerada tanto por los juzgadores como por cualquier otra autoridad pública, por ejemplo, cuando se realiza la detención de una persona y esta es expuesta públicamente, generándose un rechazo social por considerarse prematuramente como culpable.

La relevancia de la presunción de inocencia traspasa las fronteras nacionales, ya que incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido algunos fallos en donde exterioriza a los Estados partes la manera en que se puede proteger este derecho, entre estas sentencias, se encuentra la de fecha 25 de noviembre de 2005, que contiene el caso *García Asto y Ramírez Rojas contra Perú* en donde se resalta específicamente en el párrafo 160, que la presunción de inocencia debe concebirse como un fundamento de las garantías judiciales, indicando: “Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye

un fundamento de las garantías judiciales. En el presente caso, dicha garantía judicial no fue respetada por el Estado.” (CIDH, 2005)

En la práctica judicial guatemalteca esta garantía es muy importante para las personas encausadas, ya que el tratarse de un país sumamente violento, incluso los operadores de justicia, como los juzgadores pueden verse influidos por la sociedad, en cuanto al descontento y desconfianza que existe por la generalidad de los guatemaltecos hacia el sistema de justicia y los prejuicios en contra de los sindicatos, reflejando en las resoluciones una supuesta justicia y restablecimiento del orden social por condenar al acusado sin respetar esta garantía, requiriéndose incluso en algunos casos, que el abogado defensor aporte prueba para demostrar la inocencia, transgrediendo otro principio como lo es el *onus probandi*, que también ha sido aceptado e incorporado en algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En base a lo mencionado, es notorio que al Ministerio Público le corresponde aportar un caudal probatorio suficiente al proceso penal para que los juzgadores tengan por acreditada la responsabilidad penal del acusado y no así le compete a este último, demostrar su inocencia. Esto desde el punto de vista probatorio.

Desde el ámbito jerárquico de las normas, la presunción de inocencia, bajo ningún motivo se puede transgredir por los sujetos procesales, ni mucho menos por los juzgadores ya que independientemente de la categoría que tengan, son jueces de garantías y especialmente por la supremacía constitucional que se contrapone a cualquier norma que pretende afectar a esta garantía.

Junto a lo anterior, la presunción de inocencia se relaciona con el principio de pro persona, en el sentido que, al interpretarse las normas de la manera más favorable para las personas sindicadas, no se puede contradecir la esencia de la presunción de inocencia, pues sería discordante aplicar el principio pro persona y a su vez dejar a un lado la garantía de presunción de inocencia.

En este orden de ideas, resulta importante establecer lo que se debe entender por el principio de pro persona, siendo el caso que es:

Un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del Hombre. (Pinto, 1997, Pág. 163)

En concordancia con estos parámetros, la presunción de inocencia y el principio *pro homine* se encuentran estrechamente vinculados y juntos coadyuvan a fomentar el respeto de otras garantías fundamentales.

En este orden de ideas, se hace alusión a algunas garantías fundamentales que se incorporaron a la Constitución Política de la República de Guatemala desde el inicio de la era democrática y que han coadyuvado a que hoy en día, los procesos penales sean más humanitarios y respetuosos de los Derechos Humanos que en décadas anteriores al actual Código Procesal Penal, sin embargo, todavía se encuentran diversos problemas, por ejemplo en cuanto a dejar de lado a estas importantes garantías al valorar la prueba, haciendo que de cierta manera impere el Derecho penal del enemigo cuando se juzgan algunos delitos, por ello, este artículo se centra en analizar lo relativo al delito de extorsión y la valoración de la prueba que los juzgadores hacen en estos procesos penales.

Con la actual Constitución Política de la República de Guatemala, se empezó a crear políticas criminales tendientes a la protección ciudadana bajo el marco de los Derechos Humanos, buscando

cumplir con la mayoría de ordenanzas que se generan por las normas constitucionales.

A pesar de la protección que se busca llevar a los ciudadanos guatemaltecos, de acuerdo a índices internacionales, Guatemala se encuentra dentro de los países más violentos no solo a nivel regional, sino mundial, lo cual refleja la incapacidad que el Estado ha tenido para afrontar los delitos que mayor flagelo le provocan a la población.

El delito de extorsión generalmente es cometido por estructuras de pandillas juveniles como el Barrio 18 y la Mara Salvatrucha, que tienen estructuras delictivas ordenadas jerárquicamente, las cuales tienen como fuente principal de ingresos la extorsión que antiguamente estaba dirigida en contra de comerciantes y pequeños empresarios, pero por la evolución que ha alcanzado, en la actualidad, también multinacionales y grandes empresarios están bajo el manto de este delito, ya que es un negocio rentable para los beneficiados y por el otro lado, de mucho perjuicio para quienes lo sufren, no únicamente en el ámbito patrimonial, sino que el sufrimiento se extiende a lo laboral, psicológico y familiar, pues este tipo penal es pluriofensivo, lo que quiere decir que transgrede diversos aspectos en contra de las víctimas.

Las extorsiones iniciaron en el panorama delincencial desde hace más de una década. Según los investigadores

policiales, en el año 2001 la Mara Salvatrucha -MS- empezó a imponer rentas, un tipo de extorsión que era realizada a los negocios en los territorios controlados por la pandilla. Entre el año 2000 y 2004, algunos de los pandilleros fueron reclusos en las cárceles y se mezclaron con miembros de la mara Barrio 18, quienes en 2004 aprendieron a cometer este delito. Esta situación causó descontento entre los miembros de la MS, y fue uno de los motivos por el cual en agosto de 2005 se dio el “Rompimiento del Sur”, un pacto de no agresión entre miembros de distintas pandillas que existía hasta ese momento en las cárceles. A partir del 2006 las extorsiones empezaron a aumentar. (Nacionales, 2020, Pág. 5)

Además de las estructuras criminales que cometen el delito de extorsión, las autoridades encargadas de la investigación delincinencial han logrado identificar a grupos de personas que se les ha denominado como imitadores, ya que se hacen pasar por integrantes de pandillas para atemorizar a las víctimas y de ello mismo se ha evidenciado que es poco común que la extorsión se cometa por una sola persona, pues ordinariamente se trata de estructuras organizadas en donde cada persona ejecuta una labor determinada para conseguir remuneraciones ilícitas.

El delito de extorsión se comete de forma periódica, en el sentido que la persona extorsionada es obligada a pagar semanal o

mensualmente las cantidades dinerarias que requieran los extorsionistas bajo la amenaza que, de no hacerlo, se atentaría contra la integridad física de los agraviados o incluso de personas cercanas, como familiares o trabajadores, en caso de tratarse de algún comercio.

Para tratar de paliar este flagelo social, el Estado de Guatemala ha considerado que una solución para reducir este delito es incrementar la pena que le corresponde, toda vez que en el año 2009 al Código Penal los congresistas decidieron reformar lo relativo a la sanción que le corresponde a la extorsión en el artículo 261, que contenía una pena entre 1 a 6 años de prisión, pero al reformarse se aumentó la pena mínima de 6 años y 12 de máximo. Es decir, se ha intentado de esta manera impactar a la sociedad que al aumentar la pena se reduciría el delito, pero lamentablemente no ha tenido los efectos deseados, lo cual se refleja en las estadísticas que sitúan a la extorsión entre los más comunes.

Para ampliar el campo de acción de la extorsión, el Estado también ha creado un tipo penal similar que se ha denominado: obstrucción extorsiva de tránsito, el cual está regulado en el artículo 11 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada y que se encuentra enfocado a proteger a los transportistas.

Asimismo, en el artículo 10, de la ley antes citada, se creó el delito de exacciones intimidatorias, que en resumen, se materializan cuando un grupo de personas se agrupan organizadamente y de forma intimidatoria exigen la entrega de dinero u otro beneficio en la vía pública o en medios de transporte.

En base a lo anterior, se puede afirmar que el delito de extorsión tiene un tratamiento especial por el Estado de Guatemala, pero que no tiene los resultados que se esperan, lo que conlleva que la sociedad guatemalteca sufra grandemente las consecuencias y asimismo, se lleva a la comisión de delitos más graves contra la vida y a razón de ello mismo se ha generado un perjuicio de grandes dimensiones entre los diversos sectores de la sociedad, en el sentido que se tiene la percepción que todos los acusados de cometer el delito de extorsión deben ser castigados severamente, lo cual de una u otra manera ha impactado de manera negativa en los juzgadores, tal como se explica a continuación.

Entendido es para todos los sujetos procesales, que la valoración de la prueba en todo proceso penal es fundamental, para determinar la responsabilidad de una o más personas ante los hechos que el Ministerio Público acusa, para ello, el Código Procesal Penal en su artículo 186 preceptúa que los elementos de prueba deben ser valorados de conformidad con las reglas de la sana crítica razonada, es decir, los juzgadores tienen la obligación de utilizar la lógica, la psicología y la experiencia para

arribar a la valoración o no, de una prueba que se haya aportado al proceso de que se trate.

La sana crítica razonada es el método de valoración de la prueba que más se acopla a los estándares del Derecho penal moderno, tal como lo expresa Couture:

Configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. (Couture, 1958, Pág. 270)

La relevancia de la sana crítica razonada es que les concede a los juzgadores la libertad para apreciar la prueba, pero bajo el límite de no contradecir los principios de la lógica, la psicología y la experiencia, permitiendo la reproducción de los razonamientos usados para llegar a una conclusión en la sentencia respectiva.

De esto, se desprende la relevancia de conocer lo que se debe entender por cada una de las reglas de la sana crítica razonada, empezando por la lógica que es la operación mental que se realiza de manera ordenada y concatenada con el hecho en concreto para unir todas aquellas cuestiones secundarias y principales que se diligenciaron en el proceso penal; por otro lado,

la psicología en el proceso penal implica las percepciones que conciben los juzgadores y que devienen del diligenciamiento de los medios de prueba que se presentaron ante sus oficios; por otra parte, la experiencia se entiende como “aquellas nociones que corresponden al concepto de cultura común aprehensibles espontáneamente por el intelecto como verdades indiscutibles”. (De la Rúa, 1994, Pág. 163)

La sana crítica razonada a pesar de tener plena aceptación, tanto en el ámbito legislativo como doctrinario, al momento de juzgarse algunos hechos que son vistos con muchos prejuicios por gran parte de la ciudadanía, no se toman en cuenta los elementos que integran la sana crítica razonada, tal como sucede en los juicios por extorsión cuando se detiene a alguna persona en flagrancia, motivo por el cual, se realiza el presente artículo.

Cuando se detiene a alguna persona por el delito de extorsión en flagrancia, comúnmente, (por no afirmar que en todos los casos) se les decomisa sus teléfonos celulares a los detenidos y se extrae la información de los mismos, por parte de investigadores de la Policía Nacional Civil, sin embargo, para realizar dicha extracción del contenido, generalmente, no se solicita ninguna autorización judicial para darle validez a dicho elemento de prueba y aun así, los juzgadores contralores hacen caso omiso a la ilicitud de la misma y dan vía libre para que el proceso avance y la situación se empeora al momento de dictar sentencia, pues quienes

juzgan asumen que los jueces que conocieron el proceso con anterioridad verificaron tal extremo y que por haberse superado determinadas etapas procesales, debe tener valor probatorio, por lo que se suele usar esta prueba para dar por acreditado que la persona detenida tuvo alguna comunicación con la víctima.

A pesar de lo anterior, el Artículo 24 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece la inviolabilidad de las comunicaciones, expresando que son inviolables y solo podrán revisarse o incautarse, en virtud de resolución firme dictada por juez competente y con las formalidades legales, entre otras cosas, las comunicaciones telefónicas y otros productos de la tecnología moderna. Pero la realidad de los procesos penales por extorsión demuestra que no se cumple con tal precepto constitucional, el cual también es protegido por el Código procesal penal, ya que se trata de una garantía fundamental de todas las personas.

Este extremo, es alegado comúnmente por los abogados defensores, tanto en la etapa de ofrecimiento de prueba, como en el debate oral y público, para hacer constar que se está haciendo uso de medios de prueba que se obtuvieron de manera ilícita y que incluso tienen protección constitucional, tal como se mencionó.

En los procesos penales por extorsión, frecuentemente se les decomisa los teléfonos celulares a las personas detenidas, los cuales son utilizados para demostrar el enlace intercomunicacional,

entre el número extorsivo con el número telefónico de la víctima, por ello, tanto la fiscalía como la Policía Nacional Civil, dan por hecho que tienen la facultad de extraer la información y hacer un informe de esa extracción para incorporarla al proceso penal como un medio de prueba para acreditar la responsabilidad penal de los aprehendidos.

En este sentido, los juzgadores en algunas oportunidades erróneamente hacen alusión a que el Ministerio Público tiene total libertad de prueba, lo cual es parcialmente correcto, debido a esto es oportuno hacer la aclaración que si bien el artículo 182 del Código Procesal Penal regula la libertad de la prueba que posee la entidad investigadora, también existe un límite consistente en que debe ser prueba permitida, lo cual se debe interpretar en relación a la legalidad de la prueba.

Aunado a lo anterior, en este tipo de casos, se deja de lado lo estipulado en el artículo 183 de la ley adjetiva penal, en referencia a que son inadmisibles, los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido, lo cual ocurre al extraer información de equipos terminales móviles sin la respectiva autorización del juez contralor, pero en la realidad nacional, se observa la supuesta justificación de los fiscales del Ministerio Público e incluso de los jueces que dicho medio de prueba resulta ser manifiestamente importante para esclarecer la responsabilidad penal de la persona acusada, pero no se hace mención a la fuente ilegal que dio vida a ese medio de prueba.

Juntamente con la mención que se hace del artículo 182, es pertinente expresar que existe una vulneración al artículo 183 del Código Procesal Penal en el sentido que se está transgrediendo las comunicaciones de las personas sindicadas, pues tal como se mencionó, imperativamente debe existir una autorización de juez para que la extracción de información de los equipos terminales móviles y todos aquellos que contengan alguna comunicación personal, sea realmente válida, pero se ha incentivado una corriente que estima más relevante la importancia de la prueba para esclarecer los hechos que se juzgan que su legalidad o ilegalidad, transgrediendo así, no solo la normativa recién mencionada, sino también algunas teorías doctrinarias del Derecho penal.

Principalmente, la corriente que se deja de lado al valor positivamente prueba ilícita, es la denominada teoría de los frutos del árbol envenenado, la cual da a entender que bajo ninguna circunstancia la prueba obtenida de manera ilícita puede ser utilizada para sancionar penalmente a una persona, sino que por el contrario debe ser declarada nula y sin efectos probatorias y que además arrastra a todas aquellas otras pruebas directamente relacionadas y derivadas.

Por lo anterior el nombre de teoría de los frutos del árbol envenenado, es porque si el árbol se encuentra envenenado, cualquier cosa que provenga de éste también lo estará.

“Su particular nombre se le debe al juez norteamericano Frankfurter quien acuñó la expresión en el año 1939 (los antecedentes de la doctrina se encuentran en la decisión *Silverthorne Lumbre Co. vs. Estados Unidos*, del año de 1920)”. (Méndez, 2010, Pág. 51)

La teoría de los frutos del árbol envenenado tiene estrecha relación con la regla de la exclusión, mediante la cual, se debe excluir del proceso penal a toda aquella prueba que haya sido recolectada vulnerando alguna norma de rango constitucional, lo cual ocurre en los casos que expone este artículo.

En el ámbito guatemalteco, la norma constitucional es totalmente clara al indicar que debe mediar autorización judicial para entrometerse en la comunicación de las personas, además, ninguna norma adjetiva les concede a las autoridades encargadas de la investigación la potestad de realizar la extracción del contenido telefónico tal como se realiza en la actualidad, sino que por el contrario, de manera imperativa, se debe requerir la autorización judicial para que la prueba sea lícita y así se le puede dar el valor probatorio correspondiente.

A pesar de lo anterior, es común observar resoluciones judiciales en los casos de extorsión, en los que los juzgadores olvidan su papel de ser jueces de garantías y hacen que los medios de prueba obtenidos de manera ilícita sean diligenciados en la etapa del debate oral y público, pero esto va más allá, pues, los integrantes

de los tribunales sentenciadores soslayan el tópico sobre si la prueba se obtuvo de manera ilícita, justificándose en que si el juez contralor aceptó en la etapa de ofrecimiento de prueba determinada prueba, es porque reúne los requisitos en cuanto a su licitud y además, estos juzgadores realizan la justificación que, la defensa técnica tuvo que haber alegado tal extremo en la fase mencionada, sin embargo, no se suelen observar resoluciones debidamente fundamentadas en referencia a este punto, en caso de haberse alegado por la defensa ya sea por los jueces contralores como los de sentencia.

Por lo que no queda la menor duda que extraer la información telefónica como en el caso que expone este artículo, representa una transgresión a la inviolabilidad de las comunicaciones, que tiene peores consecuencias al ser avalados por jueces que tentativamente son de garantías, pero la realidad evidencia que únicamente materializan el Derecho penal del enemigo con este tipo de prácticas que hacen retroceder el Derecho penal garantista que a duras penas se ha incorporado al sistema de justicia guatemalteco.

A pesar de lo antes mencionado, al hacer una búsqueda de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia por medio de la Cámara Penal y la Corte de Constitucionalidad, se evidencia que ninguna de las dos altas Cortes, se han pronunciado referente a la prueba ilícita, ni mucho menos al caso en concreto que plantea

este artículo, dejando en evidencia que cuando se persigue penalmente a personas que no tienen cierto estatus social, la selectividad del Derecho penal se manifiesta exponencialmente. Por lo que es deber de los defensores y defensoras públicas, protestar la ilicitud de la prueba consistente en la información obtenida de los teléfonos celulares, sin autorización judicial, desde el momento que se tenga conocimiento de la misma, y recalcar en cada fase del proceso, para preparar el medio de impugnación procedente.

Referencia Bibliográficas

- CIDH, C. I. (2005). Caso García Asto y Ramírez Rojas. Costa Rica: s.e.
- Couture, E. (1958). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera edición. Buenos Aires, Argentina: Roque de Palma Editor.
- De la Rúa, F. (1994). La Casación Penal. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.
- Maldonado Mérida, T. M. (s.f.). Acceso a la justicia. s.l.: s.e.
- Martín Diz, F. (2014). Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia. Salamanca, España: Revista Europea de Derechos Fundamentales.
- Méndez Díaz, R. A. (2010). La teoría de los frutos del árbol envenenado en el sistema procesal penal colombiano. Barranquilla, Colombia: Revista Jurídicas CUC/ Número 6.
- Nacionales, C. d. (2020). De la renta a la extorsión y de la extorsión a la imitación. . Guatemala: s.e.

- Pinto, M. (1997). El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. . Buenos Aires, Argentina: Del Puerto.

Legislación:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Constitución Política de la República de Guatemala. (1986) Asamblea Nacional Constituyente.
- Código Penal. Decreto 17-73, Congreso de la República de Guatemala, 1973.
- Código Procesal Penal. Decreto Número 51-92, Congreso de la República de Guatemala. 1992.
- Ley Contra la Delincuencia Organizada. Decreto Número 21-2006 de Congreso de la República de Guatemala. 2006.

Implicaciones y errónea aplicación de la tutela judicial efectiva

Dr. Alberto Benito Uz Pú¹

Consideraciones generales

El individuo que por naturaleza es esencialmente sociable, requiere para su convivencia, de la intervención cotidiana de los demás individuos, muchas de las veces como producto de su interacción con los demás generan inconvenientes que no pueden ser solucionables entre sí, es por ello que nace la necesidad de la intervención de un tercero, para tal fin el Estado se ha organizado, tal como reconoce la Constitución, en el artículo 3, entre otros para proteger la vida, la integridad y la seguridad de la persona.

Se alcanza a través de sus distintas instituciones, conforme el tema concreto, mediante la intervención de los jueces según la materia, previamente a una provocación por un particular, mediante el ejercicio de una acción reconocida en la ley.

Iniciada aquella acción el Estado mediante las instituciones establecidas ejercen su función para las cuales fueron diseñadas, en materia penal, se habla de una denuncia, ésta llega al Ministerio Público, por disposición Constitucional le corresponde con exclusividad absoluta la atención de la persona que se considera titular del derecho afectado, al menos en materia de hechos cuya naturaleza correspondan a acción pública como la dependiente de la instancia particular, la referida institución ejercita la persecución

1 Coordinador de la Sede del Instituto de la Defensa Pública Penal de Huehuetenango

penal utilizando los mecanismos establecidos para llevarlos ante un juez competente y asistir propiamente al titular del derecho.

La intervención de las partes implicadas, víctima y victimario, hace necesario un control judicial, tal como señala el artículo 37 del Código Procesal Penal. Cual función se logra a través de los jueces, para acoger o no las peticiones de los intervinientes, cuya actuación se realiza en forma directa o en forma indirecta, nace la necesidad de referirse al tema de tutela judicial efectiva.

La razón por la cual se requiere la intervención del Estado para el control del ejercicio de los derechos de los ciudadanos, precisamente, se debe a la evolución de la sociedad, que ya no es permitido ejercer una autotutela sino por vía de acción directa², ésta por medio del Estado organizado conforme la normativa jurídica establecida. La autotutela se ejercía en la sociedad primitiva, cuando el mismo afectado ejercía su derecho frente al ofensor sin la intervención de un tercero.

Definición de Tutela Judicial Efectiva

La tutela judicial efectiva puede definirse como, la posibilidad real de acceder, en condiciones de igualdad, a un órgano jurisdiccional dotado de independencia e imparcialidad y cuya competencia haya sido establecida con anterioridad por la ley, facultado para pronunciarse con base en el derecho y mediante un procedimiento

² Villalta, Ludwin. Principios, derecho y garantías estructurales en el proceso penal. Guatemala. 2007. Pág. 81.

que asegure ciertas garantías procesales, sobre las obligaciones civiles o de otro carácter de una persona, o sobre una acusación penal formulada en su contra.

De esta definición se desprende, para el ejercicio del derecho de una persona, conforme sus intereses, sea en calidad de actor o demandado o de denunciante o denunciado, debe ser una realidad, de tener acceso a un juez o tribunal, implica debe ser en forma libre y sin barreras de cualquier tipo, sea ésta espacial, cultural, idiomática entre otros, pero algo esencial es que sea en condiciones de igualdad, por lo menos desde el punto de vista normativo formal, pero para ser en realidad, efectivo, se impone también las situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme sus diferencias.

¿Cómo aplicar ésta última postura? Se considera, será para cuando existan varios sujetos con condiciones desiguales por ejemplo: desde el punto de vista económico, los que tengan posibilidades económicas podrán responder ante exigencias legales pero los precarios económicamente, no podrán responder, razón por la que debe aplicarse las disposiciones legales conforme el estatus económico, es decir en condiciones desiguales, respecto de los que tengan condiciones iguales.

En cuanto la tutela judicial se ha dicho, significa garantizar a cualquiera la posibilidad de pedir el amparo o protección de sus

intereses ante los tribunales de justicia. Pero, para que éstos puedan brindar esta protección necesitan un requerimiento previo que dará origen a un proceso jurisdiccional.

En Guatemala, aún cuando el titular del derecho no ha requerido El Estado puede actuar, ante una denuncia anónima, por ejemplo, pero cuya naturaleza sea pública. El Estado se ve obligado a dar esa protección judicial respecto de ese conflicto.

Otra definición encontrada es la siguiente, es una noción que constituye un avance en la concepción del derecho a los órganos de justicia, o en todo caso, en este concepto se conjugan todos los aspectos que por separado conforman las garantías judiciales de derechos humanos y que como tales constituyen, igualmente derechos fundamentales.

Historicidad de la tutela judicial efectiva

Se pretende establecer el momento de surgimiento de este concepto, ahora fundamental en nuestro ordenamiento jurídico y en la práctica para establecer sus fines teleológicos, al respecto nace como parte de un derecho constitucional luego de la segunda guerra mundial, como respuesta a la arbitrariedad que imperaba en los tiempos que la procedieron en los países de la Europa fascista, siendo que bajo el lema del acto de gobierno y de la discrecionalidad se creó toda una serie de actos del Ejecutivo exentos de Control Judicial, es así como en Italia en su Constitución de 1947 en su

artículo 24 y en Alemania en la Ley fundamental de Bonn en 1949 en sus artículos 103.1 y 19 IV, se incorpora la tutela jurisdiccional.

En América por lo menos mediante los artículos XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, fue regulado el acceso a la justicia, así como en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se hizo ese reconocimiento, por lo menos en el año de 1948, en tanto que en el artículo 8 se consagra en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se plasmó en el año de 1969 y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que entró en vigencia hasta en el año de 1976, se incorporó a nivel de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos no precisamente la tutela judicial efectiva como tal, sin embargo hacen referencia en su contexto el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, obviamente ante los tribunales de justicia.

Aspectos normativos sobre la tutela judicial efectiva

a) Norma Internacional

El Estado de Guatemala respecto de este tema, mediante el decreto 6-78 del Congreso de la República de Guatemala adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos como parte de la norma que deba observar en su qué hacer jurisdiccional

b) Norma Nacional de tipo Constitucional

La Constitución Política de la República de Guatemala mediante el artículo 29 garantiza el acceso a los tribunales de justicia, vértice de esa tutela judicial que requiere todo ciudadano.

c) Norma Nacional de tipo ordinaria

Mediante el decreto número 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala se ingresó a la legislación ordinaria la tutela judicial efectiva en su concepto como tal, con la inclusión del artículo 5 en el código procesal Penal, pero también se ingresó otros aspectos que se consideran como parte integrante de la tutela judicial efectiva, este decreto cobró vigencia el uno de julio de 2011.

La tutela judicial efectiva en Guatemala y los cambios producidos en los sujetos procesales

A partir de esta época, funcionarios y fiscales del Ministerio Público, jueces y defensores así como profesionales que ejercen la función o asesoría a los querellantes adhesivos dentro de un proceso penal, torna como tema en boga y moderno, sin embargo, al analizar el espíritu de la Tutela Judicial Efectiva, se encuentra que, surgió precisamente para abolir los actos con revestimiento de arbitrariedades por parte del Estado cuyos actos eran sin control judicial, razón por la cual, se exigió que esos actos del Estado también tuvieran un control judicial, es decir, que la autoridad concedida a las personas que la ejercen sean también sometidos al control de legalidad, tal como diseña nuestra Constitución en el

artículo 154 derivado del artículo 152 de la misma norma superior, especialmente el poder proviene del pueblo cuyo ejercicio se rige a las limitaciones de la Constitución y las demás leyes.

Implicaciones de la tutela judicial efectiva

Surge la necesidad de analizar las implicaciones propias del concepto de la tutela Judicial efectiva, por lo menos previo a la implementación en Guatemala mediante el decreto ya referido por el Congreso de la República a saber:

El doctor Ludwin Villalta³ , considera lo siguiente:

- a) El derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales;
- b) Derecho a una resolución fundada en derecho;
- c) Derecho a una resolución motivada;
- d) Derecho al principio de congruencia en la resolución;
- e) Derecho al principio de la doble instancia;
- f) Derecho a la publicidad de los actos jurisdiccionales;
- g) Derecho al principio de la prohibición de la *reformatio in peius*;
- h) Derecho al principio de la inmodificabilidad de la sentencia.

Para el autor, Jesús Casal⁴ , este derecho comprende:

- a) La protección judicial con las debidas garantías, del conjunto de derechos o intereses legítimos de una persona, no sólo de derechos humanos.

3 Villalta, Ludwin. Op. cit. Pág. 82

4 Casal Hernández, Jesús M. Aspectos conceptuales del acceso a la justicia. Acceso a la Justicia. La Universidad por la Vigencia efectiva de los Derechos Humanos. Caracas, 2006. Pág. 28

- b) El acceso al órgano jurisdiccional;
- c) Las condiciones que dicho órgano debe poseer, en cuanto a su independencia e imparcialidad y a su competencia determinada con antelación por la ley;
- d) El desarrollo del procedimiento con arreglo al principio del contradictorio y a los demás principios del debido proceso;
- e) La resolución la controversia en un tiempo razonable,
- a) La obtención de una decisión congruente con lo solicitado y basada en el Derecho y la cabal ejecución de la sentencia.

Aunque todos los enunciados indicados, finalmente se encierran en tres puntos fundamentales como son:

- a) Acceso a la jurisdicción;
- b) Proceso debido; y
- c) Eficacia de la sentencia.

En otro texto, analizado se ha considerado que el contenido se centra en tres los estadios del proceso en los que se desenvuelve este derecho respecto la tutela judicial efectiva:

- a) El acceso a los tribunales;
- b) La sentencia que resuelve la controversia; y
- c) La efectividad de la tutela⁵ .

5 Pérez Piñero, Johanna P. Implicaciones del derecho a la tutela judicial efectiva de los administrados en los juicios ante la jurisdicción contencioso administrativa. Caracas 2013. Pág. 15.

Otro texto consultado respecto de este tema, ha descrito que la tutela judicial efectiva tiene correlación con el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y se enmarca en establecer la capacidad del Estado para solucionar un conflicto de manera rápida y efectiva, tiene como indicadores los principios siguientes:

- a) Carga de la prueba;
- b) Bilateralidad e igualdad;
- c) Mecanismos anticipados de solución de conflictos;
- d) Principio de justicia en un plazo razonable; y,
- e) Efectividad de la sentencia y medidas de coerción⁶.

Los textos revisados, sino en su mayoría, se centra básicamente en puntualizar al derecho que tiene todo ciudadano en acceder a la justicia, que implica varios aspectos generales, que se considera hoy en día se encuentran superados por lo menos desde el punto de vista formal, esencialmente cuando se refiere a la libertad, de defensa, de recurrir los fallos, de tener un trato igual entre otros.

Asimismo, las anotaciones anteriores revela que la tutela judicial efectiva ya se venía hablando sobre este tema, como se ha visto, sus orígenes fueron para abolir la arbitrariedad del Estado contra el ciudadano, hoy en día, aún cuando parece ser un tema en boga, no es en sí un tema nuevo sino sólo se está haciendo énfasis, con una

6 Varios. Informe del Observatorio Judicial de Huehuetenango. Sin año. Págs. 116,117

perspectiva diferente por lo menos en Guatemala, podría decirse que con el cambio del sistema inquisitivo al sistema pro acusatorio en el proceso penal, se han cumplido con las implicaciones de la tutela judicial efectiva.

Conforme la realidad aún cuando el proceso pro acusatorio ha traído grandes bondades, especialmente ya existe una cultura de denuncia, existe un acceso a los tribunales de justicia, existe publicidad por lo menos respecto del debate y audiencias ante los jueces que conocen las etapas tanto preparatoria como intermedia, sin embargo aún existen algunas circunstancias que aún no se han logrado efectivizar o poner en realidad.

Análisis contextual de la frase de tutela judicial efectiva mediante la norma legislada

Al respecto, la inclusión en la legislación guatemalteca, en cuanto al concepto de tutela judicial efectiva, es necesario dar un vistazo a los considerandos del decreto que incluyó ese concepto, para el efecto, se transcribe el primer considerando, “Que las debilidades del sistema de justicia penal deben ser atendidas y resueltas con medidas oportunas, de aplicación inmediata y de bajo costo, con el aprovechamiento máximo de los recursos económicos y humanos, y que la justicia es un derecho humano de impostergable cumplimiento.

El punto central, es respecto de las debilidades del sistema de justicia penal, las cuales consiste en:

- 1) Deben ser atendidas y resueltas con medidas oportunas;
- 2) De aplicación inmediata y de bajo costo;
- 3) Con el aprovechamiento máximo de los recursos económicos y humanos, y
- 4) Que la justicia es un derecho humano de impostergable cumplimiento.

Esta base filosófica gira en torno a algunas posturas como dicen algunos en la eficientización y en la celeridad.

Razones por las cuales se modificó el sistema de atención de debates, que inicialmente era por un Tribunal, entiéndase, conformado por tres jueces, este tribunal atendía un debate por ejemplo, si las partes involucradas no lograron resolver un caso determinado por negación de asistencia económica, el tribunal conocía el juicio y los tres jueces aplicaban el mismo tiempo para emitir un fallo judicial, ante estas situaciones, se incluyó como parte del contenido de la tutela judicial efectiva, la división del Tribunal en Jueces Unipersonales, para que los 3 jueces puedan conocer 3 debates en forma simultánea.

A partir de este punto se materializó el aprovechamiento de varios recursos, entre ellos, se puede mencionar, el tiempo y el humano, tanto por los jueces como por los fiscales y defensores, lo que

implica la reducción del tiempo para la solución de un conflicto. Por ahora refiriéndose sólo al tribunal, los 3 jueces conocen y resuelven conflictos sometidos a su jurisdicción de acuerdo a la competencia ya delimitada, salvo que se trate de hechos graves, en ese sentido los 3 jueces conocerán un solo caso pero básicamente se debe a la complejidad del caso.

En lo que respecta al segundo considerando del decreto que incluye la tutela judicial efectiva, se transcribe para hacer el análisis crítico, que el acceso a la justicia exige el ejercicio de la acción penal y la atención oportuna de las denuncias de las víctimas de delitos, que resuelvan los conflictos penales para prevenir hechos delictivos y sancionar a los responsables, en el marco de los principios que garantizan el debido proceso.

Se puede desglosar en 6 puntos fundamentales, en los que hace énfasis el acceso a la justicia, mediante los siguientes:

- 1) Exige el ejercicio de la acción penal;
- 2) La atención oportuna de las denuncias de las víctimas de delitos;
- 3) Que resuelvan los conflictos penales;
- 4) La solución de conflictos es para prevenir hechos delictivos;
- 5) Que se sancione a los responsables;
- 6) Debe ser en el marco de los principios que garantizan el debido proceso.

Se considera que los numerales 1 y 2, son funciones que le corresponde al Ministerio Público, los cuales debe hacer énfasis en su diario quehacer, en cuanto al numeral 3, se considera que es netamente la base del sistema de justicia, independientemente del resultado, así como si llega o no al órgano jurisdiccional, es de recordar que es factible la solución de caso dentro del Ministerio Público internamente, razón por la cual se ha creado la Unidad Decisión Temprana.

En tanto que los numerales, 4 y 5, tienden a describir los efectos de prevención general y específico que deben cumplirse con la solución de conflictos y la emisión de una sentencia condenatoria, que es el espíritu de ese postulado cuando se exige la sanción de los responsables.

En cuanto al numeral 6 se considera que se hace énfasis en la observancia del debido proceso, el que debe entenderse como acoplarse la actuación de los sujetos procesales a los principios jurídicos, sin embargo, algunas ocasiones se invisibiliza el debido proceso so pretexto de la “tutela judicial efectiva”, algunos operadores de justicia, entienden que es olvidando algunos principios.

Merece también análisis el tercer considerando del decreto en cuestión al efecto, textualmente se lee “Que la asignación de competencia a los jueces de paz, con un procedimiento simplificado, y la instauración de jueces de sentencia para conocer casos que

no sean calificados de mayor gravedad generará de inmediato condiciones para responder a la demanda de justicia y con ello la posibilidad de aumentar el número de sentencias.”

De este considerando se puede extraer los puntos siguientes:

- a) La asignación de competencia a los jueces de paz;
- b) Inclusión de un procedimiento simplificado;
- c) La instauración de jueces de sentencia para conocer casos que no sean calificados de mayor gravedad generará de inmediato condiciones para responder a la demanda de justicia; y
- d) La posibilidad de aumentar el número de sentencias.

Respecto del inciso a y b, en efecto el artículo 13 de este decreto, hizo incluir en el código procesal penal el artículo 465 Ter, cuyo contenido es regular un nuevo procedimiento, llamado Procedimiento para delitos menos graves, que se aplica para el juzgamiento de delitos sancionados en el Código Penal con pena máxima de cinco años de prisión. Para este procedimiento son competentes los jueces de paz.

Respecto del inciso c, modificó propiamente la estructura del Tribunal de Sentencia, en virtud que el artículo 3 reformó el artículo 48 del código procesal penal, incluyó que los tribunales de sentencia, integrados con tres jueces, de la misma sede judicial, conocerán el juicio y pronunciarán la sentencia respectiva en los procesos por delitos contemplados en el artículo 3 del Decreto

Número 21-2009 del Congreso de la República, cuando el Fiscal General no solicite el traslado de la causa a un tribunal o juzgado para procesos de mayor riesgo.

Los jueces que integran el tribunal de sentencia conocerán unipersonalmente de todos los procesos por delitos distintos a los de mayor riesgo y que no sean competencia del tribunal integrado. Con esto se endiente la aceleración y la resolución de conflictos a efecto de cumplir con el plazo razonable regulado en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ahora con relación al inciso d), se refiere a la posibilidad de aumentar el número de sentencias, al parecer para el Legislativo, el número de las sentencias son los parámetros para materializar la tutela judicial efectiva, sin embargo, ese no es el objetivo de ese concepto, salvo mejor criterio, en virtud que los conflictos penales, no necesariamente finalizan con una sentencia sino también finalizan mediante autos, que contiene una buena y excelente solución de un conflicto penal, verbigracia, los casos resueltos mediante el Criterio de Oportunidad, la Suspensión Condicional de la Persecución Penal, los sobreseimientos. Las desestimaciones realizadas por la fiscalía en forma interna, es decir, no de los casos judicializados, por lo tanto, las sentencias que se obtengan independientemente de su origen, es decir, que provenga de un Juzgado de Paz, de un Juzgado de Control o de un Tribunal nunca será parámetro para considerar la materialización de la tutela judicial efectiva.

La tutela judicial efectiva y los sujetos procesales directos

a) El victimario frente a la tutela judicial efectiva

Conforme la historia nacional guatemalteca, se tuvo en vigencia el decreto 52-73 del Congreso de la República de Guatemala, que era el Código Procesal Penal, que conforme los críticos entre ellos, el jurista Mauro Chacón Corado, citado por César Barrientos Pellecer, indicó lo siguiente “El código derogado, Decreto 52-73.... cumplió el cometido a que se le destinó conforme a la concepción ideológica-política de la época” asimismo por parte de Barrientos Pellecer, se puntualiza lo siguiente “corresponde a periodos de regímenes autoritarios o dictatoriales que, esencialmente, recurrieron a una política penal subterránea que funcionó con miras fundamentalmente represivas, al margen del respeto del ordenamiento jurídico y que llevó, en gran medida, a que la administración de justicia fuera realizada por órganos de seguridad y policíacos, lo que incidió en el incremento de la confrontación y de la violencia. Por otra parte, provocó que el proceso penal fuera dirigido generalmente contra pobres, y que por su naturaleza escrita y semisecreta derivó en la violación de las garantías procesales. Acentuó y propició las vías de hecho, la venganza y la renuncia del Derecho⁷”

7 Barrientos Pellecer, Cesar. (1997) Derecho Procesal Penal Guatemalteco. 2ª. Edición. Guatemala. Editores Terra. T. I.

Como se puede apreciar, el Código procesal penal anterior hizo que el proceso penal fuera dirigido contra los pobres, aún con el código procesal penal vigente se considera que no mucho ha cambiado respecto de este punto, ya que siguen siendo los más pobres los que son llevados a los tribunales de justicia, aunque con una variación ya no sólo contra los indígenas, sino ahora ya se juzgan a personas de diferentes índoles.

En cuanto, la naturaleza era escrita, en efecto por ahora se puede indicar que un cuarenta por ciento de las actuaciones se realiza por escrito en tanto en forma oral prevalece, por supuesto que tiene mucho que determinar el sistema pro acusatorio, en lo que respecta al semisecreto, se considera que definitivamente con la entrada en vigencia del código procesal penal se eliminó esa secretividad, por lo menos en la que respecta a las audiencias que se realizan ante un juez sea de control de las etapas preparatoria e intermedia y en los debates, con la excepción de casos por razones de pudor entre otros se hace a puertas cerradas pero finalmente el acusado escucha, ve y se encuentra presente dentro de la audiencia a diferencia del momento que estuvo vigente el código procesal penal anterior que inclusive el acusado nunca se producía intermediación con las partes.

No obstante, los avances logrados con la puesta en vigencia del código procesal penal actual, desde el año de 2009 mediante el decreto 17-2009 del Congreso de la República de Guatemala, empezó una nueva etapa respecto de la publicidad del aporte de un

testigo en debate, en esta etapa se empezó a restringir el público y surgió una nueva política legislativa judicial, que por razones de riesgo por la vida, la integridad tanto del declarante o de la familia de éste, se reserva su identidad y su exposición en juicio, poco a poco se empezó a regresar en un momento de secretividad de los testigos, por supuesto los de cargo, hoy en día inclusive, ya no revelan su identidad ni siquiera a quien ejerce la defensa técnica sino sólo los jueces tienen contacto con el declarante para establecer su identidad.

Además la publicidad se ve limitada porque muchas de las veces las declaraciones se hacen a puertas cerradas, no obstante que debe ser público así como en algunas ocasiones se hace por circuito cerrado, medio éste que, la persona declarante no está presente en la sala sino en otro lugar, aunado que ha sido disfrazada con atuendos de mujer o de electricista mediante el uso de un casco o el uso de un capuchón y por supuesto el uso de bigotes artificiales, el uso de lentes oscuros entre otros elementos que se aprecia en las audiencias como producto del diario vivir en los debates, técnicamente denominado testigo caracterizado, se considera que en sí se está regresando a una fase de secretividad respecto de este aspecto en cuanto al victimario, porque el acusado no puede ver el rostro en forma directa sino encubierto del declarante ya sea en calidad de agraviado o en calidad de testigo *per sé* o ajeno al hecho.

Es de recordar, la tutela judicial efectiva debe ser en condiciones de igualdad, aparejada a esa igualdad también deben observarse los principios jurídicos, entre ellos el de publicidad, el derecho de examinar en forma directa y sin barreras al testigo a efecto que pueda manifestar a viva voz y en presencia ininterrumpida de las partes.

Respecto del principio de inmediación, no se requiere escuchar solamente el testigo, sino se necesita observar las impresiones que desarrolle durante el aporte de la información como durante el interrogatorio y esencialmente el contrainterrogatorio, porque muchas veces son sometidos a cuestionamientos respecto de la idoneidad, veracidad del dicho, son sometidos a examen propiamente, en este aspecto no se puede verificar la actitud que asumen porque, aquellos que llegan a mentir, empiezan a temblar, a hacer movimientos no sólo con las manos sino con el rostro, empiezan a hacer muecas con el rostro, a sudar las manos, es decir, se ven acorralados, temas éstos que no se puede apreciar cuando son disfrazados no sólo con la ropa sino con la implantación de bigotes y lentes, además de la lejanía que se produce al no tenerlos enfrente de los que preguntan sino mediante una cámara en circuito cerrado.

Lo peor de los casos, las personas que declaran mediante esta fórmula ya no son testigos como ciudadanos comunes, o como víctimas en determinados casos, sino en algunas ocasiones los que declaran son investigadores de la Policía Nacional Civil, y el

Ministerio Público, so pretexto de amenaza o grave peligro por la vida del testigo, hacen que estos investigadores declaren de esa manera, lo peor es que son los investigadores asignados a establecer ese caso concreto y como consecuencia para evitar ser descubiertos que fueron asignados para indagar es caso concreto se camuflaje mediante esta fórmula, ya que el lenguaje que utilizan no es de un ciudadano común sino especializado como los de un investigador.

En este sentido el victimario se ve afectado por estas nuevas corrientes legales, lo peor es que son avalados por jueces, no obstante la oposición de quien ejerce la defensa técnica, sin embargo, se aplican estas nuevas corrientes, lo que viene a perjudicar la materialización de la tutela judicial efectiva.

b) La víctima frente a la tutela judicial efectiva

Sobre este tema, si bien conforme nuestra historia por lo menos de acuerdo al desarrollo del proceso penal en aplicación del código procesal penal derogado, si el victimario no tenía intermediación con el juez, menos la víctima tenía esa intermediación, esto en virtud que la denuncia se documentaba mediante un escrito recopilado por personal del juzgado, estos documentos son los que utilizaba el juez tanto para investigar como para juzgar, es de recordar que estas dos funciones las tenía el juez, es decir no había ni intermediación ni publicidad ni un acceso directo al juez, sino solamente mediante el personal y por supuesto mediante los abogados si las personas

que se consideran víctimas podían sufragar los honorarios de un abogado.

En lo que respecta a los cambios que trajo el código procesal penal actual, por supuesto que la inmediatez, como consecuencia el acceso directo que la víctima tiene con el juez para que el conflicto sea resuelto ha cambiado, esencialmente las funciones de investigación y de juzgamiento han variado, en ese sentido es el Ministerio Público quien ejerce aquella acción provocada por el que se considera afectado sin importar si es de naturaleza pública o dependiente de instancia particular, en ese aspecto se considera que ya existe una protección por lo menos para tramitar la denuncia, porque tal como regula la Carta Magna es el Ministerio Público quien ejerce aquella acción para la persecución penal.

Ahora sobre la burocratización de la denuncia del ciudadano es otro tema que necesita especial atención, la población como la prensa muchas veces mencionan que no obtienen justicia las persona que presentan denuncias, es posible que esto sea una realidad, de esa cuenta la política de administración del Ministerio Público ha creado lo que hoy en día se llama Fiscalía Liquidadora, se ha ilustrado que en efecto existen expedientes en demora, de ahí el análisis si ha habido o no tutela judicial efectiva, se podría decir que un porcentaje mínimo sí, en tanto que otro porcentaje mayoritario no se ha logrado, pero esto se debe a la demora investigativa, que no es atinente al Organismo Judicial, dado el concepto de tutela judicial efectiva, sino al Ministerio Público sea

por falta de presupuestos o por falta de personal o de voluntad política sin embargo, en sí no le corresponde al Organismo Judicial como erróneamente se ha pensado por parte de la población.

Precisamente, se ha utilizado en un sentido erróneo el concepto de la tutela judicial efectiva inclusive por parte de ciertos miembros del Ministerio Público especialmente en las distintas audiencias que se producen en los diferentes tribunales, una de las formas que se utiliza mal este concepto, es cuando los testigos de cargo, es decir, los testigos propuestos por el Ministerio Público durante una audiencia de debate, ante la incomparecencia de los testigos, solicita el tribunal o juez sentenciante una nueva fecha como una nueva oportunidad para que presenten o sean llevados los testigos, pero el punto central es que no han diligenciado con antelación la comparecencia de esos testigos, so pretexto de la tutela judicial efectiva, indica que el juez tiene la obligación de conceder una nueva fecha justamente por ese concepto, de ahí se desprende el mal uso de ese concepto.

La tutela judicial efectiva, para la presentación de los testigos en un debate se requiere la coordinación previa de la efectiva presentación tanto para el lugar como para la hora indicada, es de recordar que el artículo 50 de la Ley Orgánica del Ministerio Público indica que es obligación del fiscal concurrir con sus medios de prueba para el día del debate, es decir no es una facultad, sino un deber.

La aplicación estricta del artículo 50 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, implica, la coordinación de la comparecencia de los testigos entre ellos la víctima, para el debate a efecto que expongan lo que les consta, esta obligatoriedad como se aprecia no es nada nuevo, sino existe desde el año de 1994 como parte del acceso a la justicia, es decir, esta obligación no surge con la entrada en vigencia del decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala, que contrae el concepto de Tutela Judicial Efectiva, por lo tanto no es razonable cuando los fiscales al inicio o durante el desarrollo del debate hagan exposiciones de postergación y de señalamiento de nuevas fechas a efecto de hacer comparecer a los testigos, en tanto nunca han coordinado la presencia de aquellos testigos, por lo tanto sale de la esfera del ámbito judicial, es decir, no es obligación del juez o tribunal la comparecencia de los testigos, en tal sentido se aprecia la errónea aplicación del concepto en estudio.

En muchas ocasiones no sólo se aplica erróneamente por los fiscales sino también por los profesionales del derecho al ejercer la función de asesorar y dirigir a los ciudadanos que se constituyen como querellantes adhesivos ya sea en forma individual o mediante una organización. Que ni siquiera han coordinado la presencia del ciudadano o ciudadana constituido como querellante para estar presente en la audiencia sea ésta de cualquier naturaleza o de debate propiamente, hacen solicitudes bajo el concepto de Tutela Judicial Efectiva para que el tribunal otorgue una nueva

fecha para el debate o para la audiencia, por la incomparecencia injustificada del querellante, lo peor y grave error, que solicitan representar a la persona, es decir los profesionales del derecho, solicitan representar a sus patrocinados, sin que exista aquella facultad jurídica mediante el otorgamiento de un mandato judicial con representación en audiencias.

Las peticiones de esa índole trae la supresión de la figura jurídica contemplado en los artículos 188 y 190 de la Ley del Organismo Judicial, norma genérica para la actuación de las personas dentro de cualquier proceso cuando su incomparecencia resulta imposible por simple voluntad hacerlo de esa manera, otorgándole ese derecho y facultad en el mandatario, éste instituto jurídico no ha sido derogado ni suprimido ni en forma expresa ni en forma tácita, por lo tanto, no existe razón cuando se realizan este tipo de peticiones.

c) Los jueces y la tutela judicial efectiva

Hoy en día bajo el concepto de la tutela judicial efectiva, algunos jueces, por lo menos en Quetzaltenango, pero no todos, acogen las peticiones de los fiscales y/o de los querellantes adhesivos, tanto para reprogramar audiencias o para conferir una nueva fecha, sin que haya justificación alguna, sino la sola y simple incomparecencia, ya sea de la víctima o de los testigos, inclusive algunos jueces permiten la representación de los ciudadanos constituidos como querellantes adhesivos mediante los profesionales del derecho.

Ante tales criterios, como se puede apreciar, no sólo va en desprotección del presunto victimario sino del Estado de Derecho, en virtud que el principio de igualdad se desequilibra en contra el acusado y por supuesto a favor de la víctima, porque el Ministerio Público con el poder que contiene conforme la Carta Magna es amplia, en igual sentido el Organismo Judicial, tiene netamente el poder judicial, pero ante esa igualdad, se minimizan los derechos del incoado.

Otros jueces, han comprendido los alcances de la tutela judicial efectiva, que va en igualdad de condiciones de los sujetos procesales, por ejemplo, cuando un querellante adhesivo no comparece a una audiencia de debate, aplican el contenido del cuarto párrafo del artículo 354 del código procesal penal, así como tampoco permiten la representación del querellante por medio del profesional del derecho al no existir un mandato judicial con representación debidamente inscrito en el Archivo de Poderes del Organismo Judicial. Es decir, la tutela judicial no es hacer suprimir garantías, derechos ni institutos jurídicos que son vigentes, sino se deba aplicar la norma en las mismas condiciones, es más aplican el contenido del artículo 50 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que regula que es el fiscal quien debe comparecer con sus órganos de pruebas, por lo tanto al debate debe llevarlos y como consecuencia si no existe justificación, quedan excluidos como testigos para al caso concreto, en atención que no se

puede estar reprogramando las audiencias de debate porque es necesario aplicar el principio de resolución de los conflictos en un plazo razonable recogida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Referencias Bibliográficas

1. Barrientos Pellecer, Cesar. (1997) Derecho Procesal Penal Guatemalteco. 2ª. Edición. Guatemala. Editores Terra. T. I.
2. Casal Hernández, Jesús M. Aspectos conceptuales del acceso a la justicia. Acceso a la Justicia. La Universidad por la Vigencia efectiva de los Derechos Humanos. Caracas.
3. Corte de Constitucionalidad (2004) Constitución Política de la República de Guatemala y su interpretación por la Corte de Constitucionalidad. Guatemala.
4. Instituto de la Defensa Pública Penal. (2009) Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos. Guatemala.
5. Instituto de la Defensa Pública Penal. (2013) Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. 1ª. Edición. Guatemala.
6. Pérez Piñero, Johanna P. (2013) Implicaciones del derecho a la tutela judicial efectiva de los administrados en los juicios ante la jurisdicción contencioso administrativa. Caracas, Venezuela.
7. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. (s/a). Informe del Observatorio Judicial de Huehuetenango.

8. Villalta, Ludwin. (2007) Principios, derecho y garantías estructurales en el proceso penal. Guatemala.

Legislación

- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente 1985.
- Constitución de la República Italiana, 21 de diciembre de 1947.
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. 1949.
- Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.
- Decreto Número 17-2009 del Congreso de la República
- Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89 del Congreso de la República.
- Ley Orgánica del Ministerio Público. Decreto 40-94 del Congreso de la República.

De la violación al principio del interés superior del adolescente y de legalidad penal, en la acumulación de sanciones en la fase de ejecución

Lic. Pedro Pablo García y Vidaurre

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, regula dos grupos etarios, de adolescentes sujetos a dicha ley. El Primero que está comprendido de la edad de trece hasta los quince años de edad. Y el segundo grupo comprendido a partir de los quince años de edad hasta los que no han cumplido los dieciocho años de edad.¹

Así mismo la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece que la Sanción de Privación de Libertad durará un período máximo de seis años para adolescentes entre los quince y que no han cumplido los dieciocho años de edad, y de dos años para adolescentes con edades entre los trece y los quince años de edad.²

También es necesario señalar que únicamente en los casos que son competencia de Juzgados de Primera Instancia de Adolescentes en Conflicto con la ley Penal, se puede imponer una Sanción de Privación de Libertad, en aquellos delitos cuya pena máxima de prisión sea superior a los tres años, para un adulto, según el Código Penal.³

1 Congreso de la República de Guatemala, (2003, 15 de julio). Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Art. 136.

2 Congreso de la República de Guatemala, (2003, 15 de julio). Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Art. 252.

3 Congreso de la República de Guatemala, (2003, 15 de julio). Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Art. 103.

Por otro lado, también debe tenerse presente que la Interpretación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, debe ser restrictiva y no extensiva.⁴ Y se debe de tomar en cuenta el Principio de Progresividad o de No Regresión, que debe de garantizarse tal y como lo establece el artículo 5 de la ley citada que en su parte conducente señala: "... En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta Ley..."

Luego de haberse indicado las normas y principios rectores para la imposición de sanciones a los adolescentes, se podría indicar que la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; que es muy garantista, establece con plena claridad que en los casos de adolescentes en conflicto con la Ley Penal, respecto al primer grupo etario la sanción máxima o techo es: Dos años de Privación de Libertad.

Y para el segundo grupo etario la sanción máxima o techo es: Seis años de Privación de Libertad.

De lo anterior se podría indicar que, en los casos de adolescentes en conflicto con la ley penal, cuando son procesados; no se debería

⁴ Congreso de la República de Guatemala, (2003, 15 de julio). Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Art. 3.

de superar esos plazos máximos de sanción señalados, pues la Justicia Penal Juvenil es Restaurativa y no Retributiva.

Pero en la práctica el defensor se ha visto sorprendido en la Fase de Ejecución de la Sanción, cuando algunos jueces, avalados por criterios errados de órganos jurisdiccionales superiores y hasta de la Corte de Constitucionalidad; en los casos de adolescentes; que han tenido varios procesos, que se tramitan en forma separada en distintas causas, ante distintos órganos jurisdiccionales o en ocasiones ante el mismo órgano jurisdiccional; en los cuales se han impuesto diversas sanciones. Al llegar estos distintos procesos, causas o carpetas judiciales, los jueces de Ejecución realizan la acumulación de procesos o conexión de causas y acumulan las sanciones; y al momento de establecer que hay varias sanciones las suman, aun cuando sumadas superen la sanción máxima de privación de libertad que señala la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, excediéndose en consecuencia en la mayoría de los casos; de las máximas sanciones que establece la ley; vulnerando de esta forma el principio de Legalidad, y los principios indicados del Proceso Penal Juvenil, que se han señalado; y es a partir de esa vulneración donde el defensor público ha iniciado una lucha para evitar esa vulneración; a través de la vía Recursiva, en éstos casos de acumulación de sanciones: vía apelación en caso del departamento de Guatemala ante la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia, y llegando hasta la Acción Constitucional de Amparo, ante la Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparos y de Antejudicios y en

última instancia en apelación de Sentencia de Amparo, ante la Corte de Constitucionalidad.

Luego de varios años en el trámite de impugnaciones se había logrado, que por lo menos, en algunos casos no se excediera de la sanción máxima establecida por la ley, para el adolescente en conflicto con la Ley Penal, según el grupo etario al que pertenece; se pueden citar los Expedientes de la Corte de Constitucionalidad; 2525-2018, sentencia de fecha 18 de julio de 2019, Expediente 507-2018, de fecha 13 de agosto de 2019; Expediente 6006-2017, de fecha 26 de septiembre de 2019 y Expediente 3960-2018, de fecha 17 de octubre de 2019, la Corte de Constitucionalidad en los fallos indicados, en relación a la sanción de privación de la sanción, la interpretación del artículo 252 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, fue la siguiente: "... Esta Corte ha indicado al respecto que en circunstancias de este tipo, podrían presentarse dos escenarios distintos, a la luz de los cuales puede brindarse respuesta a los agravios que sean formulados: a) el primero, que ocurre cuando existen dos o más procesos incoados contra un mismo adolescente por conductas calificadas como infracciones a la ley penal, cometidas antes de declarársele responsable por alguna de estas, por lo que se imponen diferentes sanciones, las que, en su conjunto, no pueden superar los seis años de privación de libertad que señala el artículo 252 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; y b) el segundo, que acaece cuando existe un proceso incoado contra un adolescente,

imputándosele una conducta calificada como lesiva de la ley penal, cometida durante el cumplimiento de una sanción previa impuesta en un proceso anterior, caso en el que, por ser evidente que no se han cumplido los fines de la sanción impuesta, es viable esa conexión de procesos en fase de ejecución y la subsiguiente acumulación de sanciones, aunque en su conjunto superen el plazo máximo de seis años antes relacionado, debiendo el adolescente cumplirlas una en pos de la otra. Criterio sostenido en doctrina legal contenida, entre otras, en las sentencias de veintinueve de agosto de dos mil diecisiete, once de junio de dos mil quince y siete de mayo de dos mil quince, emitidas en los expedientes 2192-2017, 5614-2014 y 6126-2014, respectivamente. De la citada jurisprudencia puede inferirse que la única circunstancia que hacía viable la posibilidad de cumplimiento sucesivo de dos o más sanciones socioeducativas privativas de libertad, era aquella en la que, estando el adolescente sancionado, privado de libertad, dicha sanción haya adquirido firmeza y que, con posterioridad a ello, cometiera una nueva infracción en conflicto con la ley penal. Lo anterior tiene como consecuencia que, si bien la doctrina que se cita, hace mención de dos o más procesos previos a la emisión de sanciones, debe interpretarse en el sentido de que aun en el caso de que no hubiere proceso y este se inicie con posterioridad a la firmeza de uno iniciado previamente, si la acción cometida por el adolescente, se suscitó previamente a haber sido sancionado, no podría imponerse una sanción privativa de libertad en acumulación de otra impuesta previamente, pues, como se refirió, solo en

caso de que la comisión del hecho ilícito se presente luego de encontrarse firme el fallo que ordena su privación de libertad, corresponde el inicio de un nuevo procedimiento que pueda acarrear, si fuera el caso, una acumulación para el cumplimiento de sanciones una en pos de otra, por lo que el condicionante en estos casos sería el momento de comisión del ilícito. Lo idóneo en este tipo de circunstancias es que dada la existencia de dos hechos que contravienen la ley penal, así como más de un proceso por dichas acciones, sean conexados en la fase de su conocimiento; antes de la emisión de una sanción en contra del adolescente, en cuyo caso, será un solo juzgador el que emita el fallo y se evite innecesariamente recurrir a la conexión de causas en sede de los juzgados de ejecución....”⁵

El anterior criterio jurisprudencial de la Corte de Constitucionalidad fue logrado, gracias a defensores públicos, como el licenciado Mario Vinicio Grijalva Quiñonez, Otto Emmanuel Schumann Callejas y Miguel Ángel Guzmán Barrios, abogados de Ejecución de la Coordinación Nacional de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, en esa época; que hicieron uso de la Acción de Constitucionalidad de Amparo para velar por el Debido Proceso, el interés superior del adolescente, principio de legalidad y garantizar la correcta aplicación de la Ley; pues parece sencillo, si se aplica analógicamente el proceso penal de Adultos en el cual el artículo 44 del Código Penal, en relación a la pena de Prisión, establece

5 Corte de Constitucionalidad. (2019, 17 de octubre) Sentencia Exp. 3960-2018. Págs. 15, 16.

que su duración se extiende desde un mes hasta cincuenta años. Por lo que en el caso de adultos siendo la pena máxima de prisión de 50 años, en ningún caso, puede imponerse una pena de prisión superior a la pena máxima de prisión, aun en ejecución, cuando se acumulan varios procesos en contra de una persona nunca se supera la pena máxima de prisión, y cuando una persona por ejemplo tenga un proceso en el cual fue condenado a 50 años de prisión, otro en el cual fue condenado a 35 años y otro a 25 años de prisión, sumadas las penas y excediéndose de los 50 años de prisión, a la persona se le deja la máxima pena de prisión; como sucede también en procesos en los cuales la persona es acusada de varios delitos y los jueces condenan, por ejemplo, sumando cada pena por cada delito a 200 años de prisión, pero como la máxima pena de prisión es de 50 años, queda ésta última. Y es que no debe olvidarse que la pena o la sanción tiene una finalidad. Inclusive en estos casos derivado al incumplimiento de los órganos jurisdiccionales de acatar lo ordenado por la Corte de Constitucionalidad, se planteó oportunamente ante la Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejudio, una solicitud de Asistencia para la Debida Ejecución de Sentencia de Amparo, en el Amparo Número 562-2021, habiendo resuelto con fecha trece de abril de dos mil veintitrés y declarando con lugar dicha solicitud, pero que no fue cumplido conforme lo ordenado en dicha Resolución.

Como se ha indicado en Adolescentes no se interpreta la ley de la misma forma, sino que se ha tergiversado en perjuicio de los adolescentes y eso que de acuerdo a los principios del Proceso Penal Juvenil, debe interpretarse la ley de manera restrictiva, y cuando a un adolescente puedan aplicárseles dos leyes o normas diferentes, siempre se optará por la que resulte más favorable, y que la privación de libertad tiene carácter excepcional, y de imponerse debe de ser por el periodo más breve.⁶

A pesar, de que como juristas y profesionales del derecho, en materia de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, se argumenta y fundamenta que al igual que en el Proceso Penal de Adultos, en ningún caso se puede superar el techo máximo o la máxima sanción de Privación de Libertad que es de 6 años, (para el segundo grupo etario) aun acumulando distintas causas o procesos en ejecución por distintos delitos en contra de un adolescente, lamentablemente los jueces no resuelven de forma favorable y apegados a derecho ejerciendo un control de convencionalidad; pues a pesar de que como se indicó luego de una larga lucha, se había logrado que únicamente en los casos en que un adolescente estuviera privado de libertad y estando privado de libertad cometiera una nueva transgresión a la ley penal, siendo adolescente, se pudiera sumar una sanción y superar los seis años de privación de libertad como máxima sanción de privación de libertad; criterio que no ha sido compartido

6 Congreso de la República de Guatemala, (2003, 15 de julio). Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Art. 151, 156.

por los defensores, pues no debería de haber excepciones; pero lamentablemente actualmente la Corte de Constitucionalidad dio un giro jurisprudencial, cambiando totalmente su criterio y en el cual da la viabilidad de que en Ejecución se puedan acumular sanciones y superar la sanción máxima de privación de libertad, cumpliendo una en pos de otra, en perjuicio de los adolescentes, o sea que lo que se había ganado o avanzado, ha sido perdido y otra vez inicia una nueva lucha para impedir la vulneración de los Derechos de los Adolescentes en conflicto con la Ley Penal que son sancionados por distintos delitos, en distintas causas y que sus procesos se conexas en la Fase de Ejecución y se impone una sanción que sumada supera la sanción máxima de Privación de Libertad, violentando el Principio de Legalidad y de Interés Superior del Adolescente.

Por lo que las jueces de Ejecución de Adolescentes en Guatemala, exceptuando al Juez de Ejecución de Quetzaltenango; en los casos en que adolescentes ya han sido sancionados con la sanción máxima de privación de libertad y luego son juzgados por otras transgresiones a la ley penal, en otros procesos o causas; siempre siendo adolescentes y nuevamente sancionados; han resuelto actualmente acumular los procesos y UNIFICAR las sanciones, conexas los distintos procesos e indicando, que el artículo 252 de la ley PINA, debe interpretarse, a pesar de que no hay ningún término ambiguo o confuso; en relación a que la sanción de privación de libertad durará un período máximo de seis

años, por cada delito, pudiendo sumarse diversas sanciones en distintos procesos, según el nuevo criterio sustentado por la Corte de Constitucionalidad pues es para cada delito o transgresión, (El Código Penal en caso de adultos, no indica que la pena máxima de prisión de cincuenta años es para cada delito, pero se interpreta como límite máximo, del cual no se debe de exceder) y cumplir una sanción en pos de otra sin límite alguno o de forma indeterminada; lo cual es aberrante y en contra del principio del interés superior del adolescente, tergiversando la ley en su perjuicio; pues la ley específica es bien clara al indicar que la sanción de privación de libertad durará un período máximo de seis años, todo lo cual ha tenido como consecuencia casos de Adolescentes que tienen sanciones que superan los 6 años de privación de libertad, vulnerando el principio de legalidad, pues no puede imponerse una sanción distinta a la regulada en la ley, como se ha indicado en el caso de adultos, nunca se supera la pena máxima de prisión que es de 50 años, en este sentido son más garantistas los jueces de Ejecución de procesos de Adultos.

Derivado a lo anterior, es necesario revertir el nuevo giro jurisprudencial sustentado por la actual Corte de Constitucionalidad que inició en el expediente 164-2020, en sentencia de fecha cinco de abril del año 2022, que en su parte conducente indica: "... Conforme al artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias

de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido. Se dispone en el presente fallo, apartarse de la doctrina legal asentada por este Tribunal y se determina el criterio en cuanto a que, no produce violación a los derechos de los adolescentes en conflicto con la ley penal, la decisión de los Jueces de Control de Ejecución de Medidas para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal que, al decretar la acumulación de las causas seguidas contra estos, en las que se les han impuesto distintas sanciones como consecuencia de haber sido declarados responsables de diversas infracciones a la ley penal, determinan que estas deben ser cumplidas una en pos de la otra, pues ello no transgrede lo dispuesto en el artículo 252 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia....”⁷ Y es de señalar que a la fecha ya hay Doctrina Legal pues ya hay más de tres fallos consecutivos de la Corte de Constitucionalidad en el mismo sentido se puede citar Expediente 410-2022, sentencia de fecha 5 de abril del 2022, Expedientes Acumulados: 3104-2022 y 3119-2022, sentencia de fecha 3 de noviembre del 2022 y Expedientes Acumulados: 1426-2022 y 1432-2022, sentencia de fecha 25 de enero del 2023.

7 Corte de Constitucionalidad. (2022, 5 de abril). Sentencia. Exp.164-2020. Pág. 10.

Con el razonamiento en los Procesos Penales de Adultos, se ve tan fácil de resolver la problemática en adolescentes; pues si la ley específica regula como sanción máxima los 6 años de privación para adolescentes entre los 15 y menos de 18 años de edad y de 2 años de privación de libertad para adolescentes entre los 13 y 15 años de edad; en consecuencia no se debería de superar la máxima sanción, en aras de garantizar el principio de legalidad y del interés superior del adolescente, pero esto no sucede así, y con el giro jurisprudencial sentado por la actual Corte de Constitucionalidad, ya los jueces de ejecución no tienen límite alguno para acumular sanciones y superar la máxima sanción de privación de libertad que señala el artículo 252 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

Es de señalar que por parte de los Abogados de Ejecución de la Coordinación Nacional de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, como se ha indicado se ha hecho uso de los Recursos Ordinarios y la Acción Constitucional de Amparo, la cual ya fue resuelta por el máximo Tribunal Constitucional, cabe citar la acción resuelta por la Corte de Constitucionalidad con fecha veintinueve de junio de dos mil diecisiete, dictada dentro del Expediente 754-2017, en el cual en el considerando III resuelve: “ Esta Corte, luego de realizar el análisis de constitucionalidad requerido, advierte que la autoridad cuestionada, en la emisión del acto reclamado, no ocasionó los agravios enunciados por el postulante, debido a que determinó que la resolución que conociera en alzada, emitida por

el Juez de Control de Ejecución de Medidas para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala se encuentra ajustada a Derecho, en particular a lo que para el efecto establece la Ley que regula la materia en los artículos 106, 171, 242 y 252, pues el referido juzgador al realizar el cómputo de las sanciones impuestas al hoy amparista, determinó que ambas provenían de dos procesos diferentes tramitados en su contra –el primero por el delito de Portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas y el segundo por los de Asociación ilícita y Asesinato–, por lo que, según lo establecido en el artículo 141 de la precitada Ley, aplicó supletoriamente el artículo 55 del Código Procesal Penal y resolvió la conexidad de las causas correspondientes, así como que las sanciones decretadas debían cumplirse una a continuación de la otra....” Además, se cita como antecedentes lo resuelto en la Corte de Constitucionalidad en los expedientes 2605-2016, sentencia de fecha 20 de septiembre de 2016, 1300-2014, sentencia de fecha 30 de septiembre de 2014 y expediente 1172-2014, sentencia de fecha 9 de diciembre de 2014 y 3412-2014, sentencia de fecha 9 de diciembre de 2014. Por lo que con el cambio del giro de Criterio Jurisprudencial, nuevamente se vuelve a presentar un panorama sombrío para los Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, pues ya en Guatemala; se han agotado los recursos internos, y los órganos jurisdiccionales tienen un criterio definido, aun con violación al Principio de Legalidad, del Interés Superior de los Adolescentes, el principio de Progresividad o No Regresión y derivado del actual criterio sustentado por la Corte

de Constitucionalidad, la esperanza de una correcta aplicación de la Ley ya no está en el plano Interno o Nacional; sino que únicamente en el plano internacional debiendo acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual es complejo pero no imposible, y el Instituto de la Defensa Pública Penal, cuenta con las herramientas necesarias, pues tiene defensores públicos que están acreditados como Defensores Interamericanos en materia de Derechos Humanos, y además los Defensores Públicos como agentes de cambio, ya han marcado precedentes como en el caso de la Pena de Muerte, que a través de algunos Defensores Públicos en la mayoría de casos se logró su no aplicación y conversión a la Pena Máxima de Prisión para Adultos que es de 50 años, acudiendo hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El camino está ya marcado; por lo que nuevamente el Instituto de la Defensa Pública Penal, tiene que abrir brecha en éstos casos, y sentar precedentes a nivel internacional, para velar por el respeto de los Derechos Fundamentales de los Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal y una correcta aplicación de la ley, para no violentar el **Debido Proceso, Derecho de Defensa y El Principio de Legalidad.**

Por de pronto se puede indicar que al menos el Juez de Ejecución de Quetzaltenango no comparte este Criterio Jurisprudencial de la Corte de Constitucionalidad, por considerarlo violatorio a los Derechos Fundamentales de los Adolescentes y además al ejercer el control de convencionalidad; en algunos casos la Corte de

Constitucionalidad ha dejado abierto un pequeño espacio al indicar en algunos fallos que las sanciones se pueden cumplir en forma simultánea, y no solamente una en pos de otra, pues con ambas se excede de la Sanción Máxima de Privación de Libertad que señala la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, pero aplicando que se cumplan las sanciones una en pos de otra, se perjudica más a los adolescentes; pues primero cumple el adolescente la primera sanción, al finalizar la misma, después inicia el cumplimiento de la segunda sanción o las otras; lo cierto es que la interpretación de la ley se hace de forma tergiversada al indicar que el artículo 252 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia regula que al adolescente solo se le puede imponer en un proceso una sanción máxima de 6 años, pero no indica en casos de pluralidad de delitos en distintas causas; no interpretando de forma correcta lo que debe de entenderse por máxima, y olvidando que el Derecho tiene una forma determinada y límites que no pueden excederse, que es el marco en donde los jueces deben limitar sus decisiones; haciendo una interpretación extensiva y tergiversada de la Ley, en perjuicio de los adolescentes y en vulneración del principio de Progresividad; pues sin necesidad de que se legisle en la práctica se superó la sanción máxima de privación de libertad fijada al momento de la ratificación por parte del Estado de Guatemala de la Convención Sobre los Derechos del Niño.

El argumento sustentado por la Corte de Constitucionalidad no es valedero y cae por su propio peso, pues el legislador al promulgar la ley fijó una sanción máxima, que en ningún caso, puede excederse, pues no se cumplirían los Fines del Proceso Penal Juvenil, y con el pretexto de que no se va a cumplir cada uno de los Planes Individuales y Proyecto Educativo, emitido después de una Sentencia; siendo entonces más importante el Plan que el propio Adolescente, no se puede tergiversar la Ley en perjuicio de los adolescentes, con una hipocresía legal al indicar que es por el interés Superior de los Adolescentes, que deben cumplirse las sanciones una en pos de otra cuando hay pluralidad de delitos en distintas causas. Por lo que los defensores públicos y el Instituto de la Defensa Pública Penal, como agentes de cambio, debemos cumplir con el Mandato Legal con la Misión y Visión Institucional y por una Defensa oportuna, gratuita y eficaz en materia de Adolescentes. Ya que por el momento los defensores deben velar que a un mismo adolescente no se le tramiten procesos en causas separadas, y en esos casos pedir la conexión de causas, pues a pesar de que el Ministerio Público debe velar por el estricto cumplimiento de la ley y tener Unidad institucional, en algunas ocasiones tramitan procesos que se siguen en contra de un mismo adolescente, en forma separada, a efecto de que se impongan sanciones por cada delito y no planteando los distintos hechos atribuidos a un mismo adolescente en una sola causa que es lo que más le favorece.

De la discrecionalidad en la imposición de las sanciones:

En virtud que, de acuerdo con la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, los únicos parámetros para los jueces; en los casos de competencia de Juzgados de Paz, que de conformidad con lo establecido en el artículo 103 de dicha ley, conocen de las faltas y de los delitos cuya pena máxima de prisión no sea superior a los 3 años o consista en pena de multa; las únicas sanciones que pueden imponer los jueces de Paz son:

“Socio educativas: 1.- Amonestación y advertencia. 2. Prestación de servicios a la Comunidad, por un período máximo de 2 meses y 3. Reparación de los Daños”.

En los casos de competencia de Juzgados de Primera Instancia de Adolescentes, al momento de discutir la idoneidad de la sanción y fijar la misma, específicamente en los casos de Sanción de privación de libertad el artículo 252, de la citada ley, indica que tiene carácter excepcional y sólo puede ser aplicada: “a) Cuando se trate de una conducta realizada mediante grave amenaza o violencia hacia las personas y la propiedad y se trate de un delito contra la vida, la libertad sexual, la libertad individual, robo agravado y tráfico de estupefacientes. b) Cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a seis años.”

Y el límite en dicha norma indica que durará un máximo de 6 años para adolescentes entre los quince y los dieciocho años y de 2 años para adolescentes entre los trece y los quince años. Nunca podrá aplicarse cuando no proceda para un adulto.

Habiendo una diversidad de sanciones, reguladas en el artículo 238 de la ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, como: a) Sanciones socio-educativas, b) Ordenes de Orientación y Supervisión; c) Ordenar el internamiento terapéutico o tratamiento ambulatorio; d) Privación del permiso de conducir y e) Sanciones Privativas de Libertad.

En virtud de que existen solamente esos parámetros y siempre velando primordialmente por el Principio del Interés Superior del Niño o Adolescente, y que la Justicia Penal Juvenil es Restaurativa y no Retributiva; que además las sanciones deben tener una finalidad primordialmente educativa; se puede establecer que al momento de fijar la sanción idónea el Juez tiene un Ámbito de Discrecionalidad bastante amplio, pues a diferencia, en el caso del Proceso Penal de Adultos el Código Penal fija un límite mínimo y un límite superior y es ahí donde el juez debe fijar la sanción, en Adolescentes o en el Proceso Penal Juvenil no sucede de esa forma, por lo que al haber una diversidad de sanciones y no haber uniformidad de criterios judiciales; se ha podido establecer que en muchos casos por un hecho similar; que es constitutivo de una transgresión a la ley penal, en igualdad de circunstancias y condiciones personales del adolescente y de su familia; jueces

de distintas jurisdicciones aplican en ocasiones, sanciones extremadamente opuestas; por ejemplo se han impuesto sanciones por parte de algunos jueces en casos de extorsión con Libertad Asistida, y en otros hasta se ha impuesto 3 años de Privación de Libertad en Régimen Cerrado, siendo la diferencia abismal y de ahí que es necesario que se fijen límites a la amplia discrecionalidad de los jueces que conocen casos de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal; ya que de lo contrario no se puede hablar de una Justicia Uniforme o Especializada, igual para los adolescentes, pues la sanción depende de la petición del fiscal y esencialmente del criterio de cada juez, que conoce del caso concreto, quién si bien debe de imponer la sanción más idónea para cada adolescente, en ocasiones no sucede así; siendo deber de los defensores impugnar dichas sentencias cuando se causa un agravio irreparable al adolescente.

Referencias Bibliográficas

- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Convención Sobre los Derechos del Niño.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.
- Código Procesal Penal.

Dolo de lesión vs. Dolo de muerte

M.A. Jorge Leonel Juárez Palacios

I. Dolo

Según Muñoz y García (2015) “el término dolo tiene varias acepciones en el ámbito del Derecho. Aquí se entiende simplemente como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito”.

González Cahuapé-Cazaux (2002) indica que el dolo es el elemento nuclear del tipo subjetivo. Por Dolo tenemos que entender la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito y puede ser definido como “el conocer y querer la conducta y el resultado típico”.

Muñoz Conde (1998) refiriéndose al tipo de injusto del delito doloso, indica que: “la acción u omisión subsumible en el tipo no es un simple proceso causal ciego, sino un proceso causal regido por la voluntad”.

El artículo 11 del Código penal de Guatemala, establece que el delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto.

El dolo es la intención que el autor le imprime a la acción ejecutada y que se revela por los actos que rigieron dicha acción. Siendo que deriva de la voluntad, debemos tener claro que esa voluntad es la que se debe analizar, y al ser un elemento interno, es una

tarea ardua de determinar para realmente saber con certeza lo que quería el autor o lo que pensaba al momento de realizar la acción, pero ese proceso debe derivar no solo de extremos fácticos, sino de elementos probatorios concatenados que lleven a la conclusión de la existencia real del dolo con que se realizó esa manifestación de voluntad.

II. Elementos del Dolo

Al respecto de los elementos del Dolo, Plascencia (2000), indica:

A. El conocimiento

El conocimiento de lo que se pretende hacer es uno de los elementos exigidos por el dolo, pero cuáles son las características de dicho conocimiento. En principio debe ser actual, es decir en el momento mismo en que el autor despliega su comportamiento y debe referirse a los elementos del tipo objetivo que está concretando.

Por otra parte los elementos descriptivos requieren la percepción de los sentidos, por ejemplo las lesiones que se infieren a una persona durante una riña suponen el conocimiento de la violencia que se está ejerciendo para dañar al oponente.

B. El Querer

En materia de voluntad, vale la pena recordar la idea respecto de la libertad que se origina en la libertad individual del ser humano,

su aparición en la concreción del tipo, por ejemplo, el que desea dañar el patrimonio de una persona y lo logra.

En el sentido anterior, la voluntad es una definición del sujeto activo sobre un objeto conocido y puede presentarse de manera deliberada o indeliberada. Teniendo claro que para determinar la existencia de dolo, el sujeto debe conocer lo que va a realizar, y que dicho comportamiento va a tener un resultado típico, y no obstante, continúa con dicha conducta, lo que se plantea es determinar, cual es la conducta que se le puede reprochar, de acuerdo a esa intención y/o voluntad, un dolo de lesionar o un dolo de muerte.

III. Dolo en los delitos contra la integridad de la persona y en los delitos contra la vida

Tanto para el ánimo de muerte o *animus necandi*, que se traduce en la pretensión de privar de la vida a una persona, como para el ánimo de causar lesiones o *animus laedendi*, que es el deseo únicamente de lesionar a la víctima, lo que se debe tener claro es que ambas intenciones, presuponen indiscutiblemente la presencia de dolo, sin embargo, lo que se plantea es la delimitación entre el elemento cognitivo y el elemento volitivo. Y, esa delimitación es la que se debe distinguir, para saber si estamos ante un delito de lesiones o un delito contra la vida, (homicidio/femicidio en grado de tentativa), pues ambos delitos son eminentemente dolosos.

Muñoz y García (2015) en cuanto al tipo básico de lesiones indican que en el delito de lesiones el resultado es el menosprecio de la salud física o mental, la lesión física o psíquica.

El tipo penal de lesiones implica demostrar la voluntad e intención de golpear a la persona agraviada, mediante la utilización de la fuerza corporal ejercida directamente en su contra, y con ello se violenta la norma penal, sin embargo, no se revela automáticamente una intencionalidad o dolo de muerte, por el mero hecho de acreditar una gran cantidad o número de golpes ejecutados, ello pondera solamente la gravedad de las lesiones, que podría repercutir en una mayor intensidad en el daño causado, o incluso en el *quántum* de la pena, pero nunca tenerse como un ánimo de muerte.

Lo anterior lo podemos advertir de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, expediente 01004-2020-00366. Sentencia de casación del 12/07/2021: “DOCTRINA. En el delito de violencia contra la Mujer, en su manifestación física, la gravedad de las lesiones causadas a la víctima, son susceptibles de ser apreciadas como intensidad del daño causado, y, por lo tanto, como aspecto graduador de la pena...”

La Corte Suprema de Justicia se refiere a las lesiones en sentido estricto, en cuanto a la intensidad del daño causado: “...En cuanto a la intensidad del daño causado, resulta indiscutible que las lesiones, en sentido estricto, son el resultado natural de un tipo penal

que protege la integridad física como lo es el de violencia contra la mujer, en su manifestación física, sin embargo, la magnitud de estas, bien puede generar un mayor grado de reproche y punición dentro de los límites impuestos por el tipo penal, pues, es claro que, la mayor gravedad de estas, debe acarrear una sanción que encuentre una lógica correspondencia y viceversa. (Pág. 11)

Se relaciona la sentencia citada, como ejemplo, para referir que no obstante la magnitud o el número o intensidad de lesiones causadas, que pueden ser leves, graves o gravísimas, ello no presupone por sí implícitamente un dolo de muerte, pues en lo único en que podría incidir, tal como bien lo puntualiza la Corte Suprema de Justicia es en cuanto a la intensidad del daño causado, y nunca predisponer ya la presencia automática de un dolo de muerte.

En los delitos contra la vida, en cuanto al dolo se refiere, es marcada la intención de privar de la vida a la persona agraviada, y respecto a la cuestión planteada, debe hacerse la delimitación entre la tentativa de los delitos contra la vida, y el delito de lesiones en su forma consumada.

Muñoz y García (2015) indican en orden a la delimitación entre acto preparatorio impune y tentativa punible se tiende a ampliar, por razones político-criminales, el ámbito de la punibilidad de la tentativa a casos que no son propiamente ejecutivos y no constituyen, por tanto, tentativa punible (como, por ejemplo, buscar a una persona

para matarla). Otros casos más dudosos en torno al homicidio son el apuntar con el arma de fuego, el cargarla, el sacarla de la funda. De acuerdo con la teoría dominante en la delimitación entre acto preparatorio y acto de tentativa hay que atender al plan del autor y a la descripción de la acción en el tipo legal.

Teniendo claro que el dolo es un elemento subjetivo, debemos tener siempre presente que deben existir aunados al aspecto subjetivo, concatenado a él, los elementos objetivos materiales y/o probatorios a ser considerados, y que deben estar incluidos en la plataforma fáctica que debe ser acreditada, la cual, necesariamente debe ser puesta de conocimiento del sujeto activo, para que pueda ejercer al respecto, su derecho de defensa.

Se debe acreditar claramente el móvil del delito, los medios materiales utilizados para consumir el delito y para el caso de la tentativa, que existió una causa ajena a la voluntad del sujeto que no permitió consumir el acto delictivo, pero que estuvo en peligro la vida del sujeto pasivo, lo anterior para realizar una correcta calificación jurídica al hecho y resolver el caso con justicia.

El elemento subjetivo, debe apreciarse de los actos externos ejecutados, y se deben acreditar junto al dolo de muerte, la participación del sujeto activo con medios probatorios, y para establecer la responsabilidad penal, debe atenderse también al lugar en que se causaron las lesiones, si se comprometieron

órganos vitales, lo anterior, para considerar la conducta a tenerse por acreditada.

Los defensores públicos en su tarea de velar por la defensa de los derechos de sus representados, son los primeros llamados a realizar un estudio y análisis profundo acerca del elemento subjetivo inmerso en la acción reprochada a sus defendidos, tarea que les es encomendada desde la primera imputación realizada y en todas las fases del proceso; y esa operación por supuesto que también debe ser realizada en forma objetiva por el Ministerio Público y evidentemente además constar expresamente en los autos y en las sentencias, tanto de primer grado, segundo grado, y en casación.

IV. ¿Cómo determinar si estamos ante un dolo de lesión o un dolo de muerte?

El determinar si estamos ante un dolo de lesión o un dolo de muerte, no es una tarea fácil, y mucho menos, cuando se trata de casos complejos, y sobre todo cuando la imputación se hace sin fundamento y solamente queriendo agravar la situación jurídica del sindicado, o sobre extremos inexistentes y sobre todo en ausencia de medios de prueba que respalden y acrediten la plataforma acusatoria.

Es sumamente importante abordar el elemento subjetivo, siempre con criterio amplio y atendiendo a las circunstancias del caso

concreto, determinar la intención desplegada, el fin o el móvil pretendido, los medios utilizados para consumar el hecho, y se debe atender a la naturaleza del delito y relación causal que rige nuestro ordenamiento sustantivo penal.

Por lo general, la formulación de las imputaciones por parte del ente acusador, se hacen con criterios sesgados, sin ninguna base probatoria y se atiende a presupuestos procesales poco claros, muchas veces mediatizados, por ello, es labor de los defensores públicos, hacer un profundo análisis de la voluntad manifiesta que rigió la acción desplegada por el sindicado; teniendo en cuenta que esa manifestación de voluntad, en muchas ocasiones no solamente es difícil de probar, sino que el propio ente fiscal las tiende a extremar, solamente para agravar la situación jurídica del sindicado. De ahí deviene esa labor que se debe realizar para pautar la diferencia, si la acción se desplegó con un evidente dolo de lesionar o un dolo de muerte.

Por lo regular, el Ministerio Público se inclinará por lo más extremo y siempre tratará de acreditar un dolo de muerte, no obstante que no se justifique el mismo, y en este punto es donde cobra relevancia el papel del defensor público, y debe atenderse a todas las circunstancias que rodearon el hecho, y sobre todo poder apreciar la verdadera intención del sindicado, en relación con los elementos objetivos del delito. Ante todo, para realizar ese análisis se debe tener presente que ese “querer”, o esa intención

no siempre están del todo definidas o perfectamente marcadas, ya que todo dependerá del caso concreto, y de los medios de prueba recabados por el ente fiscal, sin embargo, tomando en cuenta la naturaleza de nuestro sistema de justicia acusatorio, si no existe prueba en contra, siempre surge la “duda”, ya que nada se puede “presumir” en contra del sindicado, pues se debe de destruir esa presunción de inocencia y llegar al estado intelectual de certeza positiva, y quebrantar dicha presunción de inocencia con medios de prueba valorados en forma concatenada, de lo contrario, prevalece la “duda” y son de aplicación exclusiva los principios del Derecho Penal como lo son el “*favor rei*”, “*indubio pro reo*” y “*ultima ratio*” así como la interpretación y aplicación del principio “*in bonam partem*” y nunca presumir en contrario.

Lo anterior, no es una interpretación antojadiza, sino que ha sido objeto de abordaje constitucional. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad ha indicado en el expediente número 288-2021 lo siguiente: “[...] la norma constitucional establece “una presunción *iusuris tantum*”, dirigida a garantizar al sindicado que no podrá sufrir pena o sanción que no tenga fundamento en prueba pertinente, valorada por un tribunal con eficacia suficiente para destruir la presunción y basar un fallo razonable de responsabilidad, porque, en caso contrario, el principio constitucional enunciado prevalecerá en su favor”.

Para determinar el ánimo desplegado es fundamental, que la acción imputada, sea clara y la misma se formule en base a los elementos objetivos del tipo, es decir que se tenga claro el nexo causal entre acción y resultado, respetando el principio de legalidad, siendo que la delimitación del tipo subjetivo es difícil de probar, pues presupone conocer lo que el individuo se planteó previo a consumar el hecho, que podría ser algo instantáneo, siendo que lo que se podría, sería solamente deducir esa manifestación de voluntad que se materializó en el mundo exterior, concatenado con los elementos y/o circunstancias que rodearon el hecho.

El delimitar si se ocasionaron lesiones corporales, sin ánimo de muerte o un ánimo directo de matar, se debe extraer de los hechos o la base fáctica del juzgamiento, hechos que nunca se pueden extraer, por ejemplo en forma aislada de lo narrado por los testigos, sino de la propia imputación formulada y de la cual el sindicado pudo ejercer su derecho de defensa, ya que, como venimos expresando, nada se puede asumir o tener simplemente por sentado, es decir que los hechos no pueden derivarse o extraerse automáticamente, sino que se deben de ponderar en su contexto y de acuerdo con los medios de prueba en forma conjunta.

De lo indicado, es fundamental, analizar detenidamente la intimación formulada, y si de allí se pueden extraer los elementos propios del delito, sea de lesiones o un delito contra la vida (homicidio/femicidio en grado de tentativa).

Al respecto se ha pronunciado el Tribunal constitucional, en la sentencia emitida el once de junio de dos mil catorce, en el expediente número 1800-2013 cuando dijo: “En todo caso como se advierte de lo consignado en el fallo de casación, tales afirmaciones pudieron provenir de lo declarado por los testigos pero no formaron parte de los hechos acreditados por el Tribunal de Sentencia, ni fueron el fundamento de la pena impuesta, con lo cual, la Cámara Penal no estaba autorizada para traerlos a colación y apoyar en ellas su fallo desestimatorio, pues al hacerlo invade indebidamente el ámbito de competencias que corresponde al juez sentenciador, único al que incumbe la acreditación de los hechos a los que se aplica la ley penal que da lugar a la emisión del fallo. En consecuencia, la autoridad cuestionada ha vulnerado el debido proceso en perjuicio del ahora postulante”. (Pág. 11)

En el mismo sentido se pronunció la Corte de Constitucionalidad en la sentencia de Amparo de fecha cuatro de febrero de dos mil quince, en el expediente número 4592-2013: “En el presente caso, ésta Corte advierte que existe incongruencia en el fallo cuestionado, que conculca el derecho a la tutela judicial efectiva, ello porque el análisis del Tribunal de Casación no parte de la plataforma fáctica acreditada, sino que extrae directamente de los elementos probatorios, las circunstancias del hecho que estima, a su juicio, que fueron debidamente probadas (....) De conformidad con el artículo 442 del Código Procesal Penal las conclusiones fácticas asumidas por el tribunal de sentencia no son cuestionables

en un submotivo de fondo, debiéndose sujetar a estos el tribunal de casación para ejercer su función de control jurídico”. (Págs. 6,7)

V. Abordaje Constitucional

La Corte de Constitucionalidad refiriéndose al dolo de lesión y al dolo de muerte, ha dictado sentencia dentro del expediente 4477-2021. Sentencia de Amparo del 27/09/2022 y ha considerado: “En el caso concreto, la tarea de determinar una cuestión propia de la mente del autor que ha desplegado la acción delictiva –ánimo de matar o ánimo de lesionar.- debe dirigirse a un análisis estructurado de circunstancias que permitan reconstruir jurídicamente la intención del actuar delictivo, estudio que requiere, para garantizar el derecho fundamental de tutela judicial efectiva de las partes, un techo mínimo de argumentos que reflejen la construcción aludida.

De esta cuenta, la dogmática penal ha planteado la necesidad de analizar varias circunstancias, entre ellas: a) la dirección, el número y la violencia de los golpes; b) las condiciones de espacio y tiempo; c) las circunstancias conexas con la acción; d) las manifestaciones del propio procesado, palabras precedentes y acompañantes de la agresión, y actividad anterior y posterior al delito; e) las relaciones entre el autor y la víctima; f) la misma causa del delito, entre otras. Así, atender a estas circunstancias se hace imperativo, siempre y cuando concurren dentro de la acción delictiva y estén en la plataforma acreditada y probada en primera instancia, esto para permanecer en un punto neutral que no afecte el principio de

inmediación y de legalidad con el que se acreditaron las acciones delictivas.

De las citadas circunstancias, a su vez, provienen criterios o condiciones que se consideran objetivamente viables para determinar la concurrencia de uno u otro *animus*, siendo las siguientes: **a) manifestaciones del agresor:** este elemento indiciario tiene relación con el último de los expuestos en el apartado ya que es la continuación del análisis de las manifestaciones, evidentemente en su gran mayoría verbales, formuladas por el autor durante la realización del hecho delictivo; **b) condiciones de espacio, tiempo y lugar del hecho:** la realidad física del lugar donde se cometió el suceso a examinar y el periodo del día en que se produjo, junto a la ubicación de los protagonistas durante la comisión del ilícito, que pueden ser tenidos en cuenta por los tribunales como indicios de cómo tuvo lugar la mencionada acción delictiva y para deducir la intención que presidía el quehacer del autor; **c) instrumento empleado y su idoneidad para lesionar o matar:** el instrumento empleado en la comisión del ilícito criminal es uno de los factores objetivos calificados como determinantes, siendo objeto de examen necesario, como consecuencia de su importancia para determinar si el ataque era o no idóneo para acabar con la vida de la víctima o, en cambio perseguía simplemente mermar su integridad física.; **d) zonas del cuerpo afectadas:** el lugar o zona del cuerpo a la que se dirige la acción ofensiva del agente así como la apreciación de su vulnerabilidad

y de su carácter más o menos vital, es otro importante criterio que debe apreciarse indefectiblemente en la apreciación objetiva para determinar qué ánimo (matar o lesionar) influye en el actuar del agresor; se consideran zonas vitales: la cabeza o el cráneo, el cuello, el corazón y el abdomen; y **e) características de los actos agresivos:** el actuar del sujeto activo constituye uno de los datos fácticos que, posiblemente de forma más clara, permite evaluar una voluntad homicida/femicida o únicamente una intención de mermar la integridad física de una persona. Por lo que resulta vital examinar si ha quedado acreditada la insistencia o perseverancia en el actuar agresivo como elemento clave en la búsqueda del ánimo o sentimiento de su autor; y por último, se encuentran las **circunstancias posteriores**, que son manifestaciones y conductas del autor, que son las expresiones efectuadas tras la culminación del acto y que pueden deducir *animus necandi*: **1)** en el nuevo ataque a la víctima; **2)** una vez consumado el hecho, desatendiendo el agresor a la víctima, abandonándola a su suerte; **3)** si el agresor, tras la agresión, huye; **4)** vuelve a amenazar a su víctima; **5)** si amenaza a los testigos directos del hecho; **6)** confiesa el hecho a familiares o autoridades; **7)** se deduce una intención de lesionar en los siguientes casos; **8)** si el acusado permanece pasivo y expectante tras la agresión; **9)** si no prosigue la agresión iniciada; y **10)** si abandona rápidamente sus intenciones, dándose a la fuga, perseguido por la propia víctima”.

Es muy interesante el abordaje que nuestra alta Corte emite en el fallo últimamente citado, pues exige para determinar la presencia del dolo de lesionar o el dolo de muerte, que se efectúe un análisis de la serie de circunstancias anteriormente citadas, pues básicamente lo que se pide es la reconstrucción jurídica de esa intención del actor del hecho, y lo exige para que se cumpla esa tutela judicial efectiva que opera no solo para la víctima, sino para todos los sujetos procesales, sin embargo, de los extractos del fallo citado, evidenciamos, que la labor del ente acusador, es bastante ardua y por consiguiente también es ardua la labor del Defensor Público, para establecer si se cumplen con todos los parámetros señalados, los cuales evidentemente deben constar dentro del proceso penal, y la labor específica del Defensor en cada etapa del proceso es determinar la presencia o ausencia de dichos aspectos, pues de no constar y acreditarse dichos extremos, para el caso de una sentencia, la misma no se encontraría fundamentada y haría recurrible dicho fallo mediante la presentación del respectivo medio de impugnación.

Por lo que se concluye que, el análisis del elemento subjetivo, es necesario que el Defensor Público, lo tome en cuenta y lo lleve a cabo en base a la interpretación que ha hecho la Corte de Constitucionalidad, siempre en el mayor beneficio para su representado, y estos extremos deben constar desde su teoría del caso y argumentar al respecto a lo largo del proceso sea en primera instancia, en segunda instancia, casación o inclusive mediante la

presentación de acción constitucional de Amparo, como se realizó en el fallo anteriormente relacionado.

Otro fallo que es importante citar al respecto, para evidenciar la importancia de establecer claramente el dolo con que se ejecutaron los actos acusados, y determinar si en la acción existió dolo de lesionar o dolo de muerte es la dictada por la Corte de Constitucionalidad, dentro de los expedientes acumulados 4006-2022 y 4032.2022. Sentencia de Amparo de fecha 20/07/2023, en donde se tuvo que acudir a la protección constitucional para que se estableciera claramente el ánimo desplegado. Al respecto la Corte de Constitucionalidad indicó en su parte conducente lo siguiente: “Así las cosas, el caso bajo análisis no refleja que el Tribunal de Casación haya realizado un cotejo minucioso de la integridad de la sentencia y los hechos que tuvo acreditados, por cuanto decidió la procedencia del reclamo del ente fiscal, conllevando dicha falencia en la falta de razonabilidad de la decisión, impidiendo que las partes procesales cuenten con una decisión debidamente fundamentada; por último, en cuanto a la tentativa como figura contenida en la ley penal, que requiere el despliegue de razones que acuerpen la decisión de construir el dolo de muerte, esto para decidir de forma válida que la intención mortal no se culminó por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, la autoridad objetada debió establecer de forma razonada, cuáles fueron esas causas y cómo influyeron en la frustración del ataque mortal comenzado a ejecutar, análisis necesario para la subsunción de los hechos en el

delito de –Homicidio en grado de tentativa– por el que se condenó al procesado en el acto reclamado, el cual no contiene elementos válidos que denoten un proceso constructivo y objetivo, aspectos que, como ha quedado reseñado en el apartado superior, no se analizaron sino que se infirieron de forma escueta y no soportada en premisas objetivas, constituyendo así una conclusión inválida”.

Por lo anterior, desde la perspectiva de la función que se ejerce, como defensores públicos, sobre todo de grupos vulnerables, es trascendental el rol que desempeñamos como defensores de los Derechos Humanos, y en dicha función, estamos llamados a ejercer una defensa activa y determinar que no se cometan errores en la interpretación y aplicación de la ley penal, en perjuicio de nuestros defendidos, ya que los autos y las sentencias, deben dictarse en forma clara y concreta, por demás debidamente fundamentadas, obedeciendo a criterios objetivos en respeto del derecho de defensa y en observancia de la tutela judicial efectiva, sobre todo cuando se trata de la determinación y posterior subsunción de los hechos en los tipos delictivos, tomando como referente el “dolo” ejecutado, ya que estos aspectos se deben abordar con suma seriedad, y tal como lo plantea la Corte de Constitucionalidad, que dicha función revele un proceso constructivo y objetivo, que responda a un derecho penal moderno y de garantías, que cuente con un despliegue argumentativo necesario y suficiente en conjunto de elementos objetivos, razonables y perfectamente medibles, lo que a la postre robustece nuestro sistema de justicia penal.

Referencias Bibliográficas

- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes (2015) Derecho Penal, Parte General, México D.F. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Muñoz Conde, Francisco (1998) Teoría General del delito. Bogotá, Editorial Temis.
- González Cahuapé-Cazaux, Eduardo (2002). Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco. Segunda Edición.
- Plascencia Villanueva, Raúl (2000) Teoría del Delito. Universidad Nacional Autónoma de México. México, Segunda Reimpresión.

Pérdida de valores en el siglo XXI

Dra. María Eugenia Sandoval de Paz

La ética profesional y deontología tiene como objetivo primordial poder determinar los valores que deben ser puestos en práctica en el desenvolvimiento profesional de las personas. Se trata de valores que los colaboradores han de aplicar de manera individual en el desarrollo del servicio que se brinda en el Instituto de la Defensa Pública Penal, pero que tienen un beneficio colectivo, el cual se ve reflejado en los usuarios.

El código de ética del Instituto de la Defensa Pública Penal es la norma del comportamiento que deben tener los colaboradores en la institución, destacando los valores, la misión y la visión de la misma. Estos lineamientos son importantes para la toma de decisiones, desde las más estratégicas hasta las más básicas.

No basta que haya una actuación ética por parte del profesional y de cada persona que trabaja en la organización, es necesario que exista una ética de la organización (Lozano, 1999)

Afortunadamente los colaboradores del Instituto cuentan con un Código de ética, que permite poder ser profesionales excelentes, porque están bien informados, están debidamente capacitados para la toma de decisiones razonables y poder mostrar sentimientos morales tales como empatía, coraje y amor.

COMPETENTE + ÍNTEGRO = PROFESIONAL EXCELENTE

Al hablar del amor, se hace la siguiente aclaración, que la autora no se refiere al amor eros, el que nace en una pareja, romántico y pasional, que es un amor efímero; más bien se refiere al amor ágape, que es el que persigue el bienestar del otro, en la Santa Biblia podemos leer "...porque el amor de Dios ha sido derramado en nuestros corazones por medio del Espíritu Santo que nos fue dado" (Romanos 5:5)". Es por ello que la única forma de alcanzar el ser humano, una perfección en la relación con sus semejantes es manteniéndose unido a Dios, cualquiera que sea su religión.

La pérdida de los valores en el siglo XXI se ve reflejada cada día, se puede notar una progresiva inseguridad social a través de los periódicos, canales de noticias, redes sociales. Se percibe intolerancia entre personas traducido en homicidios, falta de amor al prójimo, egoísmo y demás **antivalores** que están contaminando todos los ambientes sociales de Guatemala.

Las personas ya no distinguen entre libertad y libertinaje, hay que saber que libertinaje no es exceso de libertad, sino que es desenfreno y vicio, autodestrucción de nuestros *ethos*.

Dentro de los Conversatorios que ha promovido la Unidad de Formación y Capacitación del Defensor Público, a los colaboradores del Instituto de la Defensa Pública Penal, a través de los cursos de Principios y valores del defensor público y Código de ética del IDPP, sobre la “Pérdida de valores en el siglo XXI”, muchos colaboradores coinciden que ha hecho falta educación en casa para los hijos por parte de los padres, por lo que se considera oportuno reflexionar ¿Cómo los padres están criando a sus hijos? ¿Han dispuesto el tiempo suficiente para tener tiempo de calidad, enseñanza de disciplina, afecto, recreación familiar? ¿Cómo les hablan, sus palabras, transmiten bendición?

Las respuestas a estas interrogantes los encaminarán a realizar acciones que beneficiarán a los niños y jóvenes en su desenvolvimiento social, también se hace necesario llevar a cabo algunas actividades, tales como:

- Fomentar una cultura de trabajo colaborativo en casa.
- Practicar la solidaridad en actividades, con la participación de los jóvenes.
- Hacer actividades que fomenten unidad familiar.

Hay que tener presente que la educación de los valores en los hijos no es responsabilidad de los maestros ni de ninguna otra persona, esto es algo que les compete “únicamente” a los padres.

Formar “buenos cristianos y honrados ciudadanos” es la intención expresada muchas veces por Don Bosco para indicar todo lo que los jóvenes necesitan para vivir en plenitud su existencia humana y cristiana al servicio de un mundo distinto, como lo quiere Dios.

Ser honrado, es aquel “que procede con honradez”, o lo que es lo mismo, que tiene “rectitud de ánimo, integridad en el obrar” según la RAE.

Cuando algo tiene valor se afirma que es bueno, digno de aprecio y estimulación. En el campo de la ética y la moral los valores son cualidades que se pueden encontrar en todas partes, si observamos una acción realizada por alguien, por ejemplo; una ayuda económica, regalar una prenda, en estas acciones se puede contemplar que todavía hay personas empáticas de buen corazón; a estas acciones se les puede definir como valores, de los cuales dependen muchas cosas en la vida, ya que con los valores se vive una vida feliz, en paz en armonía con las personas con quienes se comparte el diario vivir, principalmente dentro del Instituto de la Defensa Pública Penal, que es en dónde se permanece el mayor tiempo, de lo cual se pueda sentir orgullo de compartir en armonía.

Es por eso que hay que construir y forjar en los niños una escala de valores, para que en un futuro cohabiten una sociedad en paz.

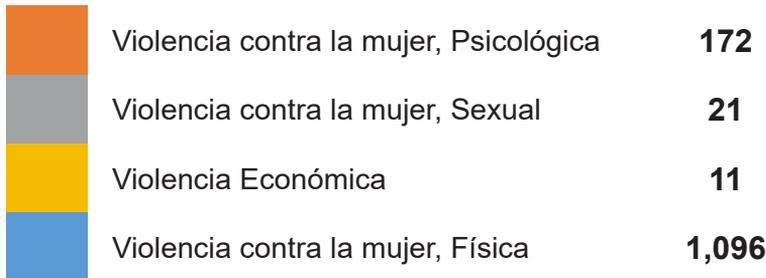
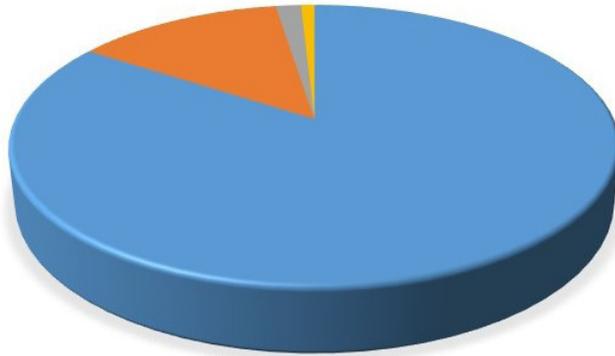
Los valores son inseparables de la ética, porque todo lo relacionado con el ser humano lleva implícita la ética. Por eso, educar en valores es una educación en libertad y para la libertad; es por ello que en el Instituto de la Defensa Pública Penal se capacita a los colaboradores integralmente, porque ésta es la base de la ética. Como bien han opinado diferentes colaboradores del Instituto; “No es suficiente conocer los valores, sino que hay que integrarlos en la propia vida”.

En los conversatorios antes mencionados también se ha llegado a la conclusión de que es lamentable como la falta de valores y la práctica de los antivalores se han posesionado en la familia, en lo social, lo político, lo económico, lo cultural, generando conductas nocivas y confusión, llegando el hombre a cometer delitos que ponen en riesgo la vida.

A continuación, podrán ver, sólo en el presente año 2024, de enero a marzo se tienen datos lamentables de cómo el hombre ha llegado a deshumanizarse por la falta o desconocimiento total de los valores.

Delitos de Violencia contra la mujer atendidos por el IDPP durante los meses de enero a marzo del 2024

Total de delitos 1,300 distribuidos así:



Fuente: Coordinación de Estadística del Instituto de la Defensa Pública Penal

Es urgente que todas las instituciones promuevan los valores ante la total ausencia de civismo, colaboración y orden en el ámbito educativo, así como de modelos de formación que promuevan el respeto y la honradez. Si todas las instituciones velaran porque sus colaboradores contaran con un Código de ética, serían innumerables los beneficios que se podría obtener, considerando entre ellos:

- Permitiría a que tanto colaboradores, cargos intermedios o directivos; conozcan cómo actuar.
- Contribuiría a que los altos mandos actúen de una manera imparcial ante las diferentes situaciones laborales que se presenten.
- Favorecería la igualdad de condiciones y tratamiento entre los colaboradores de la institución, pues se fijan las pautas de conducta y los criterios por los que se debe regir el desempeño profesional.
- La equidad que se generaría podría impulsar el compromiso y la fidelidad del capital humano, siendo un ejemplo digno de imitar por parte de las otras instituciones del sector justicia.

La ausencia de valores es como una epidemia que viene desde hace tiempo generando muchos de los males que enfrentamos como sociedad: la insensibilidad, la falta de respeto, la ausencia de honestidad y la falta de justicia.

Esta Pérdida de valores en el siglo XXI, es la expresión más descarnada de una humanidad que no encuentra el camino; y, en Guatemala, es, además, resultado de una sociedad que aún no ha logrado el encuentro y reconciliación de su diversidad cultural, étnica, económica y política.

Es importante hacer énfasis en algunos valores que son vitales para poder iniciar un cambio, al menos en el ambiente laboral y así poco a poco ir fermentando todos los ambientes en que cada persona se desenvuelva.

Entre esos valores se pueden mencionar los siguientes:

- **Respeto:** Es necesario que los colaboradores brinden a sus colegas superiores, subordinados y usuarios respeto y cortesía en todo momento, independientemente de diferencias de opinión, posición jerárquica o características personales.
- **Confidencialidad:** Los colaboradores deben respetar la confidencialidad de la información sensible o privilegiada a la que tuvieran acceso en el curso de su trabajo.
- **Lealtad:** Los colaboradores deben expresar un sentimiento de respeto y fidelidad hacia la institución, a su comunidad y a sus principios morales y sobre todo a los usuarios.
- **Integridad:** Los colaboradores deben actuar con honestidad y transparencia en todas sus interacciones laborales, no permitiendo regalos por parte de los usuarios
- **Igualdad y diversidad:** Se hace necesario que los colaboradores brinden un trato a todos con igualdad y respeto, sin discriminación por motivos de raza, género, orientación sexual, religión, origen étnico, discapacidad u otras características protegidas por ley.

- **Uso adecuado de recursos:** se requiere que los colaboradores utilicen los recursos de la institución de manera responsable y eficiente, evitando el uso indebido de activos, tiempo o información para beneficio personal o actividades no relacionadas con el trabajo.
- **Gratuidad:** El servicio que el Instituto brinda es de carácter gratuito, por lo tanto, ningún colaborador debe recibir nada a cambio por hacer dicho servicio y el mismo debe hacerse con excelencia.

A continuación, la autora ha tomado de los cursos en mención impartidos por la Unidad de Formación y Capacitación del Defensor Público, algunos comentarios que los colaboradores han realizado sobre la importancia de que en la Institución se brinde una preparación integral a todos y cada uno de los colaboradores que conforman la gran familia del IDPP:

“...La importancia de que se nos capacite sobre los valores y principios y lo necesarios que son para poder ser unos excelentes seres humanos y podamos tener una mejor empatía con nuestros usuarios y que se sientan con esperanza ya que todos merecen respeto y una buena atención.”.

“...Con el curso aprendí a retomar aquellos valores fundamentales que en algún momento de mi vida he perdido sin darme cuenta debido a las múltiples obligaciones que desempeño. Comprendí que, aunque no sea correspondida de la misma manera, no debo de perder mis principios y valores ya que son la base de la sociedad, por consiguiente, nos hacen ser una mejor persona y seguir brindando una defensa oportuna, gratuita y eficaz.”.

“...El curso muy oportuno por el contexto desfavorable en el que nos encontramos en cuanto al deterioro de los valores y la necesidad de recuperarlos. El fortalecimiento teórico es un buen primer paso para darle seguimiento al tema para fortalecer la práctica.”.

“...Considero que es muy importante que todos los colaboradores del Instituto recibamos esta capacitación, porque, aunque pareciera que es información que todos conocemos, en realidad es necesario recalcar los aspectos para vivir en armonía y optimizar los servicios que se prestan en la Institución. Agradezco la oportunidad de ser convocada a esta capacitación y considero que siempre podemos mejorar para alcanzar la visión del Instituto.”.

“...Es importante la creación del Código de Ética de la Institución, y los distintos valores que deben ser aplicados en nuestro día a día, así como los diferentes puntos de vista. Trasladarnos esta información ha sido bueno, y que no se limite únicamente a los defensores públicos, sino también a todo el personal de la Institución.”.

“...Aprendí que hay que hacer buen uso de los medios de comunicación utilizarlos de una manera adecuada y que practiquemos los valores en diferentes ámbitos, como, por ejemplo, en dar los buenos días, o que tenga una buena tarde, Me ayudó a complementar la información contenida en el Código de Ética del Instituto de la Defensa Pública Penal, ponerlo en práctica demostrando siempre la humildad, honradez como colaboradores del Instituto.”.

Me hizo recordar que, en nuestra vida cotidiana, siempre debemos de actuar con valores, normas y principios que desde pequeños nos han inculcado en casa, ya que esta es la base, pero en nuestra vida profesional como abogados, siempre nuestro actuar debe estar apegado a lo estipulado en la normativa sobre ética.

“...Es un curso interesante que enriquece y nos hace comprender la manera como debemos conducirnos, hablar y sobre todo que debemos de ser responsables en el servicio que se brinda a los usuarios, ya que a ellos nos debemos. Las relaciones interpersonales son de suma importancia en las labores que desempeñamos, para poder trabajar de en equipo en beneficio de la población que nos visita.”.

“...Debemos aprender a escuchar a las personas, atenderlos con empatía y amabilidad, con palabras que ellos puedan entender. Se hace énfasis sobre la conducta que debemos mantener dentro y fuera de la Institución y dar lo mejor en nuestras labores.”.

Ante esta pérdida de valores, se siguen preguntando, ¿Qué hacer para mejorar la familia, la institución, la comunidad? La respuesta es sencilla, ¡Empiece por cambiar usted mismo!

“Después de tantos años estudiando la ética, he llegado a la conclusión de que toda ella se resume en tres virtudes: coraje para vivir, generosidad para convivir, y prudencia para sobrevivir”

-Fernando Savater-

Referencias Bibliográficas

- Código de Ética del Instituto de la Defensa Pública Penal, Acuerdo No. 02-2024.
- Correa Casanova, Mauricio et al. C La riqueza ética de las profesiones / Mauricio Correa Casanova y Pablo Martínez Becerra (eds.). — Santiago: RIL editores, 2010.
- Guillén Parra, Manuel, Ética en las organizaciones. Construyendo confianza. Ética en las organizaciones. España, Madrid: Pearson, Prentice Hall. 2016
- Lozano, Josep M. Ética y Empresa, Encuadernado en Rústica, 1999
- Santa Biblia Dios habla hoy, 1966, Las Sociedades Bíblicas Unidas y el CELAM

Política criminal del menor infractor en Guatemala y su relación con el terrorismo

Dr. Carlos Ernesto Molina Obregón

Resumen

El presente trabajo se basó en un análisis jurídico acerca de las políticas de prevención criminal en Guatemala enfocadas a los adolescentes en conflicto con la ley penal y su relación con el terrorismo.

Primeramente, se estableció el concepto general de política de prevención criminal y sus diferentes aspectos, así como los ámbitos de aplicación, resaltando los factores de riesgo dentro y fuera de la esfera del derecho penal para la aplicación de las mismas y como pretenden implementarlas en Guatemala contra las maras y pandillas.

Se analizó la iniciativa de ley “antimaras” propuesta por el gobierno, determinándose sus características principales, criticando aspectos esenciales que pudieran evitar su debida aplicación al querer declarar terroristas a los integrantes adolescentes de las mismas por inobservar tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado de Guatemala.

Posteriormente se realizó una breve descripción de los principios fundamentales, garantías y prerrogativas que operan en la justicia penal de adolescentes, el *corpus iuris* de la niñez, el control difuso de la convencionalidad y el bloque constitucional, principalmente por tratarse de una materia especializada, que impiden que los adolescentes puedan ser declarados terroristas en Guatemala.

Finalmente se estableció como operan actualmente las políticas de prevención criminal a favor de los adolescentes privados de libertad en Guatemala, a través de programas como “Casa Intermedia” y “MAINA” que permite una verdadera resocialización de los adolescentes.

Palabras clave: Terrorismo. Interés superior. Políticas de prevención. Derechos humanos. Justicia restaurativa.

Introducción

La política de prevención criminal en Guatemala, genera condiciones para la convivencia pacífica en la sociedad, con la aplicación de programas sociales y la implementación de normativas que buscan la seguridad de las personas, pero que pocas veces llegan a cumplir su objetivo primordial de evitar la reincidencia, principalmente tratándose de adolescentes.

Las mismas pueden ser implementadas de manera particular con acciones ciudadanas que suplantán funciones propiamente dichas del gobierno, como las empresas de seguridad privada por ejemplo, con el riesgo obvio de invisibilizar las acciones del mismo ante la población, es decir fuera del ámbito del Derecho Penal.

Entonces, si bien la política de prevención criminal puede analizarse desde la perspectiva de diferentes ciencias sociales, incluso

técnicas, el análisis jurídico consiste en establecer la legalidad de dichas políticas, ya que se debe determinar que no sea contraria al ordenamiento jurídico guatemalteco.

Dicho ordenamiento jurídico incluye la preminencia del derecho internacional y el control de la convencionalidad, así como el bloque constitucional que expresa que los tratados y convenios ratificados por el Estado de Guatemala forman parte de la Constitución Política de la República.

Actualmente se promueve una iniciativa de ley como política de prevención criminal denominada “Ley Antimaras” que pretende declarar como terroristas a todos los miembros o integrantes de grupos disociales.

Pero al tratarse de adolescentes ¿Es esto violatorio de sus Derechos Humanos? ¿Puede declararse terrorista a un adolescente privado de libertad por su pertenencia a un grupo disocial como parte de una política de prevención criminal? Esta es la interrogante que origina la presente investigación y se desarrollará desde diferentes puntos de vista, tratando de esclarecer la mayor cantidad de elementos que la generan.

Políticas de prevención criminal

De manera general las políticas de prevención criminal son las estrategias y medidas por parte del Estado, encaminadas a reducir el riesgo de que se produzcan delitos y sus posibles efectos para la sociedad, así como evitar el hacinamiento a través de una correcta reinserción social.

Dichas políticas del Estado pueden analizarse desde dos puntos de vista muy distintos, fuera y dentro del sistema del derecho penal. Desde afuera del sistema, la prevención criminal se ejecuta a través de programas que promuevan el bienestar social de las personas, mediante el desarrollo socio económico, inclusión social, la salud, la educación y la reducción de riesgos, como por ejemplo, mediante el diseño ambiental de los espacios públicos.

Esto permite cambios en la sociedad y el mantenimiento de la paz social, así como el desarrollo humano de manera integral, estableciendo una mayoría de sujetos que gozan del bien común y que accedan a este tipo de servicios por parte del Estado, limitando la cantidad de procesos penales que llegan al sistema de administración de justicia.

La que más nos ocupa es dentro de la esfera del derecho penal, la prevención criminal puede ser especial o general; es especial cuando se busca que el autor de los delitos no los vuelva a cometer a través de la reinserción social y familiar, denominada -justicia restaurativa- generalmente aplicada en la justicia penal juvenil.

Por otra parte la general que puede ser negativa o positiva; de manera general negativa, cuando procura que la sociedad se sienta persuadida a no delinquir a través de medidas, sanciones o penas ejemplares (Ej. pena de muerte) y de manera general positiva por la introspección de mandatos legales con la maximización del derecho penal a través de la creación de nuevas instituciones jurídicas que sancionen las conductas de las personas como el derecho penal del enemigo que adelanta las barreras de protección social.

Cabe mencionar que ambas categorías, general y especial sufren de críticas en su fundamentación, por ejemplo, la prevención especial es criticada por implicar una “instrumentalización del hombre para los fines del Estado” conocida como sistematización del derecho penal, mientras que la prevención general, por su potencial de generar arbitrariedades al implementar nuevos tipos penales.

Estas teorías atribuyen mucho más valor a la estabilidad del sistema social, para la producción de consensos y sus equivalentes funcionales, más que el principio crítico de la valoración ética y política tanto individual como colectiva, ya que siempre buscan la preminencia del interés general sobre el particular.

De esta manera la sociedad se encuentra en el dilema de renunciar a ciertas libertades a cambio de mayor seguridad, con tal de conglomerar a los grupos delincuenciales en un sector poblacional con mayor resalte y así combatir de mejor manera la criminalidad.

Desde la perspectiva del derecho penal se maneja la teoría del utilitarismo según la cual se castiga para obtener una utilidad, de las cuales la principal es prevenir el delito (justicia retributiva) es decir, a mayor punibilidad mayor seguridad social se contempla.

Al analizarlo en ese sentido, el castigo no sería un fin en sí mismo, sino un medio, esto es visto por el kantismo como la utilización del ser humano, lo cual viola el principio filosófico de que este es un fin en sí mismo (cosificación del ser humano).

Vale la pena aclarar que la prevención no es contraria a la punición, sino que la despliega en función de su utilidad y que de fallar la prevención y presentarse nuevamente el delito, no tenemos más medida que la punición, como sucede con los adolescentes transgresores de la ley penal, aun así, el hecho no se puede volver a repetir.

Por último, las políticas de prevención criminal no nos pueden dejar ciegos a una crítica de la punición, sino que nos debe habilitar a pensar en una sociedad menos represiva y con menos factores que puedan promover o guarecer el delito a través de la preminencia de los derechos humanos.

Pero vale aclarar que dichas políticas de prevención criminal como la ley denominada antimaras no puede ser aplicada con adolescentes, ya que violarían principios y garantías especializadas como el interés superior del niño, la diferenciación en el trato y la diversificación de sanciones, entre otras.

La denominada ley antimaras no representa una verdadera política de prevención criminal de adolescentes, ya que lo único que se conseguiría sería condenarlos a seguir una vida criminal dentro de las cárceles al negárseles el derecho a la reinserción social y el derecho al pleno desarrollo de su potencial en un ámbito seguro, que es lo que verdaderamente protegen los órganos internacionales en materia de la niñez y adolescencia.

Proyecto de Ley Antimaras

En Guatemala han existido a través de la historia diferentes esfuerzos por legislar en contra del terrorismo, aunque realmente la apreciación de lo que en verdad es el terrorismo en este país, es completamente diferente al terrorismo que enfrenta el mundo en general.

En ese sentido la Ciudad de Guatemala ha sufrido ataques en contra de unidades del transporte público, entidades bancarias, incluso embajadas con artefactos explosivos con fines de atemorizar a la población o a los propietarios de dichas rutas para pagar extorsión, lo cual discrepa radicalmente de un ataque terrorista por las características del mismo.

Pero es de allí de donde se derivan los esfuerzos del Congreso de la República de Guatemala por legislar en ese sentido, a pesar que el Código Penal guatemalteco ya regula el delito de terrorismo en el artículo trescientos noventa y uno.

Sin embargo con fecha treinta y uno de agosto del año dos mil cinco se aprobó el decreto cincuenta y ocho guion dos mil cinco del Congreso de la República de Guatemala denominado Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo, así mismo el veintiocho de abril de dos mil dieciséis el pleno del congreso, conoció la iniciativa de ley número cinco mil doscientos treinta y nueve que dispone aprobar la Ley contra actividades terroristas en Guatemala y la iniciativa cinco mil doscientos sesenta y seis que pretende reformar el Código Penal para declarar terroristas a los miembros de maras y pandillas en Guatemala, finalmente en el año dos mil veinticuatro nuevamente fue presentada al pleno y aprobada en primera lectura para su discusión.

El tema es muy complejo con respecto a esta última iniciativa ya que luego de analizar el proyecto de ley, se pretende que por el solo hecho de pertenecer a un grupo disocial se declare como terrorista a una persona, sin establecer las características esenciales del delito de terrorismo y cuando dichas regulaciones ya existen en la ley contra la delincuencia organizada con los delitos de conspiración y asociación ilícita.

Además, se debe recordar que los Derechos Humanos respaldan las acciones que no son consideradas como un delito como tal, como sería por ejemplo poder tatuarse un número o unas letras en su cuerpo (MS/B18) sin que ello sea considerado una simbología para ser catalogado como terrorista (aunque sea obvio) ya que estaríamos ante la maximización del derecho penal o un totalitarismo por parte del Estado.

Si bien se considera una política de prevención criminal por parte del Estado, viola principios fundamentales y Derechos Humanos plenamente establecidos, firmados y ratificados por el Estado de Guatemala en materia de la niñez y adolescencia.

Dicha iniciativa indica el termino terror social al dedicarse a cobrar extorsiones, pero en ningún momento buscan obtener el poder político a través de dicho terror como requisito fundamental de dicho tipo penal, por lo cual no es viable poderlos declarar terroristas por pertenecer a un grupo disocial, aunque definitivamente se comprende que el delito de extorsión es un delito pluriofensivo que genera diferentes tipos de daño.

Al mismo tiempo indican que el territorio se ha convertido en zonas de guerra por la disputa del territorio lo cual evidencia una deficiencia en el gobierno al no poder mantener el control en su propio territorio al permitir que dichos grupos tomen control de ciertas áreas como requisito primordial de la formación de un

Estado, circula un video en las redes sociales en donde amenazan a un diputado por mencionar la colonia Betania.

Si bien es cierto las maras y pandillas han destruido a un gran número de familias y han captado principalmente a un gran número de adolescentes, no es declarándolos terroristas que se va a solucionar el problema, existen políticas de prevención criminal ya establecidas que están dando magníficos resultados que deben de fortalecerse, antes de declarar una guerra sin cuartel en contra de estos grupos como han hecho en países vecinos.

Principios especializados del derecho penal de adolescentes

El Estado de Guatemala en seguimiento al movimiento de reformas procesales latinoamericanas, estableció la oralidad en las audiencias de los adolescentes, con la implementación del sistema acusatorio el uno de julio de mil novecientos noventa y cuatro, dos años después de la creación del Código Procesal Penal guatemalteco, tanto en procesos de protección de menores víctimas como transgresores de la ley penal.

Sin embargo los Códigos de Menores y de la Juventud utilizados en dicha época eran obsoletos para dicha implementación, por lo que fue hasta el año dos mil tres (nueve años después) cuando se estableció el decreto 27-2003 del Congreso de la República, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (Ley PINA) que

sustituyó al código de menores decreto 78-79 del Congreso de la República y al Decreto 78-1996 Código de la Niñez y la Juventud por no reunir las características que implicaba el sistema acusatorio en la justicia penal juvenil.

Es entonces que el derecho penal de adolescentes se convierte en una rama especializada que incorpora, además de los principios y garantías inherentes a las personas adultas, prerrogativas específicas que atienden a las circunstancias especiales y personales de los adolescentes que entran en contacto con la ley penal.

Este cambio responde a que dicha incorporación, permitió sacar de la teoría de la “situación irregular” a los adolescentes, que eran considerados únicamente como **objeto** de derecho que podía ser sometido a un proceso de protección, pero que no tenía establecido ningún plazo y que obedecía discrecionalmente solo a imponer “medidas de protección” con base a la supuesta peligrosidad de los adolescentes.

Con la implementación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia los adolescentes en contacto con la ley penal son atendidos como **sujetos** de derecho con base en la justicia restaurativa, ya que las sanciones tienen carácter socio educativo y buscan la no reincidencia, la reinserción y resocialización, tanto social como familiar e inclusive laboral, con la obligación de tomar en cuenta su opinión.

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

Habiendo dicho esto, dichas prerrogativas se encuentran contenidas en diferentes tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado de Guatemala, como la Convención sobre Derechos del Niño, las reglas mínimas para la administración de justicia de menores de la Organización de las Naciones Unidas conocidas como “Reglas de Beijing” las directrices de la ONU para la prevención de la delincuencia juvenil conocidas como las “Directrices de Riad” las reglas mínimas de la ONU sobre medidas no privativas de libertad conocidas como “Reglas de Tokio” y la propia Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, que de manera integral incluye el control de convencionalidad y el bloque constitucional respectivo.

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

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

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

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

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

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

Cabe resaltar que el artículo ciento cincuenta y uno de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, comparativamente sería el equivalente al principio de retroactividad en la jurisdicción de adultos, que establece, que debe aplicarse la norma penal más favorable al reo, en este caso a los adolescentes, pero

con la diferencia que en dicha aplicación debe observarse obligatoriamente el principio del interés superior del niño.

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

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

Otro principio que opera en la jurisdicción de adolescentes en conflicto con la ley penal, que se encuentra íntimamente relacionado con el interés superior del niño y las políticas de prevención criminal, es el principio de diferenciación, el mismo indica, que los adolescentes están ubicados en la sociedad, en un grupo de alta vulnerabilidad, debido a la falta de madurez psicológica, por lo que su responsabilidad penal es distinta a la de los adultos.

Esto se logra a través de un derecho preminente de los adolescentes sobre las demás personas, incluso sobre el derecho

de las víctimas como se establece en la práctica, así como de un trato preferente, en virtud de ejercer parcialmente sus derechos por falta de capacidad legal, la cual se obtiene con la mayoría de edad y se ejerce de manera semi autónoma.

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

El análisis de estos artículos permite comprender de mejor manera, que los adolescentes en contacto con la ley penal muchas veces terminan siendo víctimas de abusos por parte de adultos o incluso de sus propios progenitores sometiéndolos a situaciones personales que permiten la captación por parte de las maras y pandillas, por eso los que adquieren la mayoría de edad dentro de los centros de privación, deben ser separados de los adolescentes menores de edad, para evitar que sean revictimizados o violentados sus derechos incluso dentro de los centros de privación de libertad.

Otro de los principios propios del derecho penal de adolescentes, es el de diversificación, establecido en la observación general número diez del comité sobre derechos del niño de la Organización de las Naciones Unidas, que puede ser el que permite la mayor implementación de políticas de prevención criminal apropiadas

o especializadas para adolescentes, ya que establece un sin número de sanciones diferentes a las de los adultos, enfocándose siempre en ser una sanción socio educativa, con base en la justicia restaurativa en lugar de la retributiva buscando la no reincidencia y la reinserción a la familia y a la sociedad incluso laboralmente.

Otros de los principios en la jurisdicción de menores de edad que opera como política de prevención criminal, son los de confidencialidad y privacidad, ambos buscan establecer un sistema de protección para los adolescentes transgresores de la ley penal, evitando que los datos de identificación personal sean revelados o que les aparezcan antecedentes penales o policíacos, por la comisión de dichas acciones, ya que se truncaría el derecho humano al desarrollo natural por tratarse de seres en formación y desarrollar plenamente su potencial.

Finalmente, el principio de especialización fundamentada en el artículo seis de las disposiciones transitorias de la Ley PINA que establece que todas las entidades del Estado que participen en procesos penales de adolescentes deben adecuar las respectivas unidades para su especialización en la materia y no puede ser llevado a cabo ninguna diligencia en incumplimiento de dicho principio en virtud que sería violatorio de los derechos humanos del menor.

La política criminal en el proceso penal de adolescentes

El proceso penal de adolescentes está revestido de principios y procedimientos especiales, por el hecho de tratarse de seres humanos en desarrollo, por lo que genera un sentido de inmediatez en los plazos como en las resoluciones garantizando la aplicación de la tutela judicial efectiva de manera eficaz.

El carácter de las actuaciones en el proceso penal de adolescentes es socio educativo ya que busca la prevención, a través de los principios de la justicia restaurativa, para evitar que los adolescentes reincidan en la comisión de nuevos delitos.

Muchas veces los resultados de estas políticas son positivos ya que las mentes de los adolescentes permiten moldear conductas, valores y costumbres que signifiquen un cambio radical en sus vidas, a través de terapias psicológicas y pedagógicas que permitan que luego del proceso al que son sometidos, cambien su forma de pensar y ver la vida.

En algunos casos los adolescentes están involucrados en grupos disociales lo que no permite desarraigar ciertas maneras de pensar, principalmente en contra de adolescentes de grupos contrarios, impidiendo la correcta reinserción y resocialización.

Uno de las principales políticas de prevención criminal de adolescentes es el proyecto llamado “Casa Intermedia” en la cual participan adolescentes sancionados a privación de libertad en centros especializados de cumplimiento.

En las sanciones de privación de libertad se establecen diferentes regímenes iniciando por el cerrado, evolucionando de acuerdo al principio de progresividad a régimen semi abierto que permite a los adolescentes salir a un centro de capacitación para aprender oficios que les ayuden a reinserirse más fácilmente.

El programa de “Casa Intermedia” pertenece a un régimen semi abierto, en el cual la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, que es la institución encargada de velar por el cumplimiento de las sanciones a adolescentes y con base en las políticas de prevención criminal de adolescentes en Guatemala, realiza la perfilación de los adolescentes aptos para dicho programa.

El mismo consta inicialmente de seis dormitorios con capacidad de diez adolescentes en cada uno, en los cuales los adolescentes van avanzando progresivamente por cada uno de los dormitorios según su avance en la reinserción, ofreciéndoles herramientas suficientes para su correcto desenvolvimiento en la sociedad, así como oportunidades laborales al finalizar dicho programa.

Cabe mencionar que la primera dama, esposa del Presidente Bernardo Arévalo, a través de la Secretaría de Obras Sociales de la Esposa del Presidente ya visitó este centro, informando que se pretende trasladar a todos los adolescentes que se encuentran recluidos en la zona trece de la ciudad capital conocido como gaviotas y en San Juan Sacatepéquez conocido como gorriones a similares condiciones, lo que representa una verdadera política de prevención criminal contrario a lo que se pretende con la Ley Antimaras.

Este modelo de gestión con adolescentes es una verdadera forma de aplicar la política de prevención criminal en adolescentes, ya que se les da acompañamiento suficiente, para evitar la reincidencia con la comisión de nuevos delitos, a través de una verdadera reinserción social, familiar, incluso laboral.

Esto representa un avance para los adolescentes en contacto con la ley penal, ya que los centros especializados de cumplimiento de sanciones en Guatemala se caracterizan por el hacinamiento y las condiciones inadecuadas, que incluso provocaron que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictara medidas precautorias en el año dos mil diecisiete, a favor de los adolescentes sancionados a privación de libertad.

De allí es que se deriva el interés por parte del Estado de Guatemala por implementar el programa CER Centro Especializado de Reinserción y “Casa Intermedia” a través del convenio entre la Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia y la Sección de Asuntos Antinarcóticos y aplicación de la Ley de la Embajada de Estados Unidos de América firmado el 19 de abril 2018 en el que se aportó tres millones de dólares americanos para su funcionamiento, vale la pena aclarar es para adolescentes que ya cumplieron la mayoría de edad, lo cual fue una recomendación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las medidas precautorias, ya que en la visita realizada en 2017 se asombraron al ver a personas adultas en los centros de privación para adolescentes.

De esta manera se establece la implementación de políticas de prevención criminal de manera real y la aplicación de principios de la justicia restaurativa en Guatemala por primera vez y sin precedente alguno, ya que, aunque existía el principio de progresividad a través de los cambios de regímenes, no se cumplía con darle seguimiento evolutivo a los adolescentes para asegurar su reinserción.

En muchos de los casos los adolescentes reinciden en virtud que los motivos que los llevaron a cometer el delito persisten y no había respuesta clara a sus problemas laborales, ya que no existían programas que permitieran acceder a un trabajo digno.

Existe también el nuevo Modelo de Atención Integral de Niñez y Adolescentes, en procesos de protección conocido por sus siglas como “MAINA” el cual permite una atención interinstitucional a través de diferentes Ministerios del Organismo Ejecutivo y de instituciones gubernamentales en casos de adolescentes que sufren vejámenes y deben ser protegidos por el Estado.

Dicho modelo busca garantizar a los niños y adolescentes que necesitan procesos de protección, evitar prácticas que generen la revictimización a través de orientaciones y asistencia jurídica integral.

El mismo está conformado por el Ministerio Público, el Organismo Judicial, el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, Ministerio de Desarrollo Social, Procuraduría General de la Nación, Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia, Municipalidad de Guatemala, Instituto de la Defensa Pública Penal y el Instituto Nacional de Ciencias Forenses.

Esta cooperación institucional es una política de prevención criminal en favor de la niñez y adolescencia sometidos a procesos de protección por el sufrimiento de vejámenes dentro de sus propias familias que evita que sean revictimizados y posteriormente entren en conflicto con la ley penal en Guatemala.

Por su parte el programa de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia para los adolescentes en conflicto con la ley penal, pone a Guatemala como Estado pionero con este modelo de gestión juvenil con el apoyo de instituciones gubernamentales estadounidenses.

Dicho programa forma también un esfuerzo único para la atención integral de adolescentes en conflicto con la ley penal en Guatemala y representa una responsabilidad seria por parte del Estado de implementar políticas de prevención criminal que verdaderamente estén enfocadas a este grupo vulnerable a través de principios y personal realmente especializados.

La denominada “Ley Antimaras” pretende establecer que el solo hecho de tener algún tipo de simbología relacionado a dichos grupos antisociales sería motivo para denominarlo terrorista, violentando principios fundamentales como el derecho a la resocialización contemplado en las políticas de prevención especial de la justicia restaurativa tema desarrollado anteriormente.

Al analizar dicha iniciativa de ley se puede determinar fácilmente que podría ser objeto fácilmente de una inconstitucionalidad, ya que el principio de control difuso de convencionalidad establece que cada uno de los órganos jurisdiccionales son garantes de velar por el cumplimiento de los tratados y convenios ratificados por el Estado de Guatemala, más aún tratándose de adolescentes

que están investidos de un sistema de protección reforzado por principios especializados de la materia.

Así mismo el bloque constitucional en Guatemala establece que los convenios y tratados ratificados por el Estado de Guatemala forman parte de la Constitución Política de la República de Guatemala de donde deriva fácilmente la interposición de una acción de inconstitucionalidad.

En ese sentido sería inviable tratar de declarar como terrorista a un menor de edad privado de libertad que manifieste tener afinidad o pertenencia a un grupo disocial a pesar de tratarse de una política de prevención criminal.

Al desclasificar a los adolescentes del resto de la población general, a través del principio del interés superior del adolescente, se impide la aplicación de políticas de prevención criminal creadas para adultos y se obliga a las autoridades, a través del principio de especialización a implementar políticas desarrolladas especialmente para adolescentes.

Entre ellas encontramos la política “ocio cero” en los centros de privación de libertad que genera programas a favor de los adolescentes, con lo que pretenden mantener ocupado su tiempo de manera asertiva, con actividades productivas que le brinden herramientas al momento de recuperar su libertad como serigrafía, panadería, computación e incluso cocina.

Ya que por tratarse de seres humanos en desarrollo y el carácter socioeducativo de las sanciones que se basa en los principios de la justicia restaurativa se obtienen resultados positivos en un porcentaje aceptable dentro del proceso.

El índice de reincidencia radica en que los motivos que los llevaron a cometer el delito persisten al no haber respuesta a los problemas sociales que inicialmente los llevaron a infringir la ley penal, sin embargo, el gobierno está implementando políticas de prevención criminal acordes a los convenios y tratados internacionales ratificados por Guatemala, a través de programas de reinserción social, laboral y familiar para adolescentes en conflicto con la ley penal en Guatemala así como la intención del traslado de los centros especializados de privación de libertad para brindar mejores condiciones con la ayuda de la Secretaria de Obras Sociales de la Esposa del Presidente SOSEP.

Los principios de la justicia especializada de adolescentes en conflicto con la ley penal, permite garantizar el cumplimiento de la reinserción social y familiar, a través de la aplicación de programas que implementan políticas de prevención criminal, que buscan el interés superior del adolescente.

Las políticas de prevención criminal implementadas por el Estado de Guatemala cumplen en la actualidad con brindar herramientas

suficientes que permitan evitar la reincidencia de los adolescentes en conflicto con la ley penal, reinsertando a la mayoría de adolescentes sancionados, con la supervisión de la Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia.

La justicia restaurativa se aplica de manera real y sin precedentes en los casos de adolescentes que pertenecen a los programas de “Casa Intermedia” y “MAINA” de forma integral permitiendo la adecuada reinserción a la sociedad y a la familia brindando la oportunidad de un trato digno y oportunidad laboral.

La denominada ley antimaras no cumple con lo establecido en los convenios y tratados firmados por el Estado de Guatemala en materia de la niñez y adolescencia ya que vulnera los derechos humanos y prerrogativas de las cuales están investidos los adolescentes por lo que no pueden ser declarados terroristas.

Referencias Bibliográficas

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

- ONU (2004), *Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Consejo de Seguridad, S/2004/616, New York, E.E.U.U.

Módulos

- Unidad de Fortalecimiento y Capacitación del Defensor Público UNIFOCADEP, (2008). *Criminalística*. Instituto de la Defensa Pública Penal, Guatemala.
- Unidad de Fortalecimiento y Capacitación del Defensor Público UNIFOCADEP, (2016). *Psicología Forense*. Instituto de la Defensa Pública Penal, Guatemala.
- Unidad de Fortalecimiento y Capacitación del Defensor Público UNIFOCADEP, (2008). *La prueba en materia penal*. Instituto de la Defensa Pública Penal, Guatemala.

Diccionarios

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

Leyes

- Asamblea Nacional Constituyente, (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*. Guatemala, Guatemala.

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

Aplicación de la Justicia Juvenil restaurativa en Guatemala

Licda. Ruth Nohemí del Águila Guzmán

En la búsqueda del rescate de las nuevas generaciones y de mantener la armonía y justicia social, ha tomado relevancia una forma de justicia más eficaz y pronta, la cual es conocida como justicia restaurativa, como su nombre lo indica, pretende que no solamente se determine quién es la víctima y quien es el infractor y si este último es culpable o inocente. La Justicia restaurativa va más allá, no solo pretende un fallo justo, además de esto busca tanto que las víctimas como los infractores y la comunidad, logren alcanzar ciertos beneficios de un conflicto penal proveniente de una infracción a la ley penal, es decir que la forma de resolución represente verdaderamente una reparación del daño para la víctima.

Busca un verdadero cambio en la conducta del infractor, creando conciencia y responsabilidad de sus actos sin discriminarlos por los errores cometidos, y que se restaure la paz dentro de la sociedad, involucrando a la misma, en la resolución de los conflictos para que exista un perdón hacia los infractores, derivando en una verdadera rehabilitación de los adolescentes en conflicto con la ley penal. El objeto del presente artículo es realizar un aporte en el que se pueda comprender en qué consiste la justicia juvenil restaurativa, para hacer entender la importancia de la aplicación, a través de sus diferentes modalidades, así como realizar un análisis del sistema de justicia guatemalteco para poder determinar si se aplica, en qué casos se aplica o si es inexistente.

Se pretende lograr un entendimiento sobre los beneficios de la justicia penal restaurativa, para impulsar la aplicación recurrente y prioritaria de la misma, ya que puede representar un avance en la justicia juvenil que produzca beneficios importantes para las partes involucradas en un conflicto, y además también pueda ser una herramienta que ayude a alcanzar los fines principales del proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal. La justicia restaurativa puede representar gran cantidad de beneficios para un sistema de justicia, porque en países como Guatemala, el incremento de las infracciones por parte de adolescentes es notable debido a las condiciones de pobreza que se viven, además de la existencia de estructuras criminales y grupos antisociales que utilizan a los jóvenes para cometer ilícitos.

Por lo que es necesario impartir justicia que logre cumplir con todos los fines del proceso, en búsqueda del rescate de la soberanía y el orden público, sin dejar de mencionar que sería una forma de disminuir la carga de trabajo de los órganos de justicia y sus instituciones.

Justicia restaurativa

La legislación guatemalteca ha sufrido una serie de cambios y actualizaciones dentro del ámbito de la justicia juvenil, específicamente con el paso del tiempo, derivado no solamente del cumplimiento de sus obligaciones internacionales y nacionales, en cuanto a la forma en que afronta por medio de sus órganos

jurisdiccionales, los procesos de niños y adolescentes en conflicto con la ley penal y de cómo da resolución a los mismos para otorgar justicia a las víctimas y de igual forma impartir sanciones encaminadas a rehabilitar y reinsertar a la sociedad a los responsables. Pero debemos entender, que tanto el derecho como las diferentes problemáticas sociales y el ser humano que las conforma permanecen en todo momento en un cambio constante por lo que se hace necesaria la implementación de mecanismos y formas de resolución de conflictos que sean más eficaces y acordes a la realidad de la sociedad.

Es ahí donde entra en acción y debe ser considerada de forma prioritaria la justicia juvenil restaurativa, la define: Terre Des Homes (2020) consiste en; una forma de entender y afrontar los conflictos, la violencia y los delitos que involucran a adolescentes, víctimas y comunidad. Este enfoque promueve la participación activa de los involucrados en el conflicto, la violencia o el delito, procurando la reparación emocional, material y/o simbólica del daño y el restablecimiento de la relaciones humanas y sociales afectadas a través de prácticas sociales.

Todo esto a través de prácticas que tiendan a restaurar el orden social, reparar el daño, rehabilitar al infractor, promoviendo primordialmente prácticas que tiendan a crear conciencia en los adolescentes infractores para que estos logren comprender el daño causado y asuman la responsabilidad del mismo, para que

posteriormente realicen de manera voluntaria todas aquellas acciones que sea de utilidad para reparar el daño causado tanto a la víctima como a la sociedad.

En ese sentido, uno de los aspectos más importantes de la justicia juvenil restaurativa, consiste en la creación de programas que ayude a los adolescentes infractores, a que sus derechos sean restituidos y que los mismos puedan reintegrarse a la sociedad de manera satisfactoria, ya que otro de los aspectos importantes que se busca con la justicia restaurativa es precisamente impulsar la participación de la comunidad o sociedad para una mejor resolución de conflictos. Terre Des Homes (2020) indica que la justicia restaurativa, pretende lo siguiente; que el ofensor se haga responsable de las consecuencias de su acto, procurando que en el encuentro con la víctima haya una reconciliación basada en la restitución del daño y el perdón; y busca también que se restituya el vínculo social, procurando la reintegración del infractor en la comunidad fortaleciendo así el sentimiento de felicidad quebrantado.

Luego de comprender el concepto de justicia restaurativa, es necesario establecer cómo se encuentra estructurado el sistema de justicia juvenil guatemalteco, para poder hacer las observaciones referentes a la existencia de la justicia restaurativa en el sistema existente y vigente en Guatemala y si la misma es aplicable y efectiva en la actualidad.

Modelo de justicia juvenil guatemalteco

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto No 27-2003

En la presente ley se encuentra toda la regulación legal concerniente al proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal de Guatemala, la cual primordialmente está establecida en su Artículo 238. “Que el fundamento de toda sanción que imponga una pena a un adolescente deber ser la previa declaratoria de responsabilidad y participación en el hecho que se juzga”.

El artículo antes mencionado, indica que las sanciones que pueden ser aplicadas a los adolescentes transgresores se dividen en 4 tipos: “1) Sanciones socio-educativas; 2) Ordenes de orientación y supervisión; 3) Medidas terapéuticas, y 4) Medidas restrictivas de libertad”. En Guatemala la legislación establece que la finalidad de las sanciones debe ser siempre educativas y se deben de aplicar siempre con la intervención de la familia y el apoyo de profesionales designados para el efecto, aquí se pueden encontrar ciertos avances con miras a la implementación eficaz de la justicia restaurativa.

La imposición de dichas sanciones se da derivado de dos momentos y audiencias distintas, ya que en la primera se debe determinar específicamente la responsabilidad del adolescente que podría variar por razones de grado, ya sea por autoría o complicidad y derivado de esto, en una posterior se determinará específicamente

cual será la sanción a imponer. El juez debe tomar en cuenta al momento de determinar la sanción el respeto al principio de interés superior del niño, “el cual se concreta en el momento en el que el juzgador al imponer la sanción toma en cuenta aspectos como los vínculos familiares, el origen étnico, religioso, cultural y lingüístico y de igual manera la edad del adolescente”. (Artículo 238 Ley de Protección Integral de la Niñez y adolescencia)

Sanciones socio-educativas

Dentro de las sanciones socio-educativas contempladas dentro de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, se encuentran:

- a) Sanciones socioeducativas
 - 1) Amonestación y advertencia
 - 2) Libertad asistida
 - 3) Prestación de servicios a la comunidad
 - 4) Reparación de los daños al ofendido
- b) Ordenes de orientación y supervisión
 - 1) Instalarse en un lugar o residencia determinado.
 - 2) Abandonar el trato con determinadas personas.
 - 3) Eliminar la visita a centros de diversión determinados.
 - 4) Obligación de matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio.
 - 5) Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicas que produzcan adicción o hábito.

6. Obligación de someterse a programas de tipo formativo cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.
- c) Ordenar el internamiento terapéutico del niño, niña o adolescente o el tratamiento ambulatorio en un centro especializado de salud, público o privado, para desintoxicarlos o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas.
 - d) Privación del permiso de conducir.
 - e) Sanciones privativas de libertad:
 1. Privación de libertad domiciliaria.
 2. Privación de libertad durante el tiempo libre.
 3. Privación de libertad en centros especializados durante fines de semana, comprendido desde el sábado, de las ocho horas, hasta el domingo a las dieciocho horas.
 4. Privación de libertad en centros especializados de cumplimiento en régimen abierto, semiabierto o cerrado. (Artículo 238 Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia)

Marco jurídico internacional de la justicia restaurativa

El marco jurídico dentro del cual se encuentra la justicia restaurativa se encuentra sustentado básicamente en un conjunto de normas de carácter internacional las cuales tienen como fin superior la protección de los derechos de los niños y adolescentes involucrados dentro de un sistema penal.

Dentro del marco jurídico se puede mencionar en principio la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual indica lo siguiente: Que el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad. (Artículo 40.1).

También es importante mencionar que la propia convención antes mencionada hace énfasis e “insta a tomar medidas para tratar al niño sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”. (Artículo 40.3).

Todo esto complementado con las siguientes normativas internacionales:

- Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, resolución 43/173 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1988.
- Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), resolución 45/112 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990.

- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), resolución 40/33 de la Asamblea General, de 28 de noviembre de 1985.
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), resolución 45/110 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990.
- Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal, resolución 1997/30 del Consejo Económico y Social, de 21 de julio de 1997.
- Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos, resolución 2004/27 del Consejo Económico y Social, de 2004.

Principios de la justicia juvenil restaurativa

Para que la justicia restaurativa pueda cumplir con sus fines y para que sea aplicada de la misma forma al momento de integrarla a los sistemas de justicia, la misma cuenta con una serie de principios fundamentales que se explican a continuación.

En el Manual sobre programas de justicia restaurativa (2006, Pág. 33), señala el principio que establece la “participación activa del abogado defensor, de la víctima y de la comunidad”, esto significa que este tipo de justicia busca la participación activa de todas las partes involucradas, ya que dentro de los fines de la justicia restaurativa se encuentra la reparación del daño a la víctima para lo cual la misma debe presentar interés y tomar una actitud conciliadora para obtener dicha reparación.

Por otro lado, también es necesario que el abogado defensor ejerza una defensa técnica pronta y eficaz, procurando en primer lugar una resolución pronta y beneficiosa para su defendido, pero también debe velar por que dicha resolución sirva como medio de aprendizaje y toma de conciencia del adolescente infractor. Por último, de acuerdo con este principio también es importante la participación de la comunidad ya que será esta la que deberá prestar ayuda tanto a la víctima como al adolescente infractor.

En el Manual antes mencionado (2006, Pág. 33), menciona el principio que consiste en “la reparación material y simbólica del daño” esta es una parte fundamental de la justicia restaurativa ya que precisamente va encaminado a cumplir con el fin primordial ya que tanto la reparación material como simbólica juega un papel importante en dos vías, generando un resarcimiento para las víctimas dependiendo la infracción y las posibilidades del infractor, pero también genera cierto grado de conciencia en el infractor ayudándolo a comprender la magnitud el daño causado.

Ya que logra comprender el alcance de sus acciones y por otro lado, aprende que una infracción a la ley siempre va a generar consecuencias y una de ellas es tratar de reparar el daño causado a la víctima y a la sociedad.

El tercer principio fundamental de la justicia restaurativa es hacer énfasis en la responsabilidad, la cual es directa y completamente del autor, con esto no se busca estigmatizar como delincuentes a los adolescentes, ni dejar de tomar en cuenta las situaciones externas y sociales que puedan influir en la conducta del mismo, lo que realmente se busca es hacerle conciencia a los adolescentes de que deben ser responsables con sus actos, hacerles entender que deben ser respetuosos de la ley, por cualquier infracción a la misma genera consecuencias.

Y que dichas consecuencias no son solo jurídicas, ya que también afecta a sus familias, a su entorno social y especialmente a las víctimas que pudieran resultar de dicha infracción a la ley. Por último, dicho Manual (2006, Pág. 34) indica uno de los principios más importantes de la justicia restaurativa, el cual consiste en “la reconciliación con la víctima y la comunidad”, la importancia de este principio radica en que el fin principal es que exista una restauración del orden social en donde las partes involucradas en un conflicto logren resolverlo de buena manera.

En el caso de la justicia restaurativa la reconciliación de la víctima y de la comunidad con el infractor, automáticamente favorecen a la reinserción del adolescente a la sociedad, sin estigmatizarlo como delincuente y favorece a que el adolescente infractor pueda retomar su plan de vida, con el apoyo del sistema y de su comunidad para desenvolverse con normalidad dentro de un ambiente libre de conflicto.

Modelos de justicia restaurativa y su aplicación en Guatemala

Luego de establecer los fines de la justicia restaurativa y de explicar los principios en los que se basa es necesario entender de qué formas se puede aplicar la justicia restaurativa para lograr su fin principal que es reparar el daño por encima de imponer un castigo o una sanción.

Conferencias de grupos familiares

La Oficina del Representante Especial del Secretario General Sobre la Violencia Contra los Niños. ONU (2003, Pág. 12) se refiere a: El enfoque de conferencias de grupos familiares, que hace hincapié en la responsabilidad y la justicia colectivas, aprovecha las fortalezas, los recursos y la experiencia de la comunidad, no solo para buscar soluciones a los conflictos, sino también para hacer reflexionar a la comunidad sobre los factores que contribuyen a la delincuencia.

Originariamente este modelo surgió ya hace varios años por la preocupación de las comunidades en el incremento de la delincuencia juvenil. Con el fin de tomar decisiones y tomar las medidas necesarias para combatir la mala conducta de la ciudadanía creando una responsabilidad dentro de sus miembros de que cada uno de ellos es responsable por el mantenimiento de la armonía y paz dentro de la misma. Como la definición, lo

explican las herramientas que se busca aprovechar mediante las conferencias de grupos familiares son las fortalezas, recursos y experiencia de los habitantes de una comunidad.

En países pluriculturales, y con tradiciones ancestrales como Guatemala, este modelo de justicia restaurativa efectivamente se encuentra presente, ya que ante la ley, el derecho indígena se encuentra reconocido y es respetado plenamente por el sistema de justicia guatemalteco, por lo que las comunidades indígenas poseen sus propias leyes y formas de resolución de conflictos, las cuales son aplicadas por las autoridades ancestrales de las comunidades y son consideradas por sus habitantes como formas justas de resolución de conflictos.

Tal como lo expresa la Carta Magna guatemalteca, respecto de la protección de grupos étnicos: “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. (Artículo 66 Constitución Política de la República de Guatemala).”

Todo esto se ve complementado con lo establecido también en los artículos 44 que establece lo referente a los derechos inherentes a la persona, el artículo número 46 que establece la preeminencia del derecho internacional y el número 58 que indica lo referente a

la identidad cultural de los pueblos y de las personas. Es así como se puede afirmar que, si existe en Guatemala un elemento similar a las reuniones familiares como modelo de justicia restaurativa, ya que como lo expresa Padilla (2005, Pág. 11) El reconocimiento del derecho indígena forma parte de este cuerpo, pues es una de las expresiones culturales más importantes que hacen posible una organización social y alguna forma de orden, expresado en un sistema normativo y de autoridades que lo administren.

El Derecho indígena en Guatemala es reconocido como parte del sistema legal y de los cuerpos normativos que rigen la justicia en el país, y en consecuencia existe un respeto total a los juicios, juzgamientos, métodos y sanciones que este derecho imparte, tan es así que los fallos y juzgamientos que se realizan dentro del Derecho indígena constituyen cosa juzgada por lo que los adolescentes que han sido juzgados mediante el Derecho indígena no podrán volver a ser juzgados por los tribunales y e instituciones que forman el organismo judicial guatemalteco.

Mediación entre la víctima y el infractor

Al referirse al modelo de justicia restaurativa, la Oficina del Representante Especial del Secretario General Sobre la Violencia Contra los Niños de la ONU (2003, Pág. 14), se usa en la práctica “como alternativa al procesamiento formal, por medio de la remisión, pero lo más común es que el tribunal use la mediación como mecanismo de derivación alternativo una vez que el infractor haya admitido formalmente su culpa.”

Tal y como se indica en el documento citado este tipo de mediación da lugar a la aplicación de la figura de la “Remisión” y tal y como se logró establecer previamente dentro de las medidas desjudicializadoras, con las que cuenta el ordenamiento jurídico guatemalteco podemos encontrar dicha figura la cual será explicada a continuación. El artículo 193 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Decreto No. 27-2003 indica sobre La Remisión. El juez podrá examinar la posibilidad de no continuar el proceso, cuando la acción contenida estuviere sancionada en el Código Penal, con pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a tres años, con base en el grado de participación en el daño causado y la reparación del mismo.

Es una facultad del juez el poder omitir continuar con el proceso y en cambio a su consideración podrá avenir a las partes, a llegar a un común acuerdo, para que se dé la reparación del daño a la víctima, y se evite someter al adolescente infractor a un proceso penal que pueda representar un desgaste para el mismo. Por otro lado, Rodríguez (2016, Pág. 21), establece que: la remisión no debe enmascarar un sistema de penas o sanciones ya que la idea es apoyar al adolescente sin tener que estigmatizarlo con un proceso penal y sin someterlo a medidas de restricción de su libertad o que vulneren sus derechos humanos.

Es importante mencionar que para que pueda darse esta forma de justicia restaurativa deben de cumplirse 2 condiciones: la primera,

que el adolescente infractor otorgue su consentimiento por escrito para que se dé la remisión del caso, ya que esto implicaría que el mismo acepte el hecho, y segundo que la remisión debe basarse en información adecuada y específica sobre la naturaleza, el contenido y la duración de la medida, así como las consecuencias que pueda haber en caso de incumplimiento.

De esta forma, la mediación que existe entre las partes dentro de la remisión como medida de alcanzar la justicia restaurativa genera una supresión de los procesos judiciales y la misma está encaminada a la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad. En la práctica, la figura de la remisión es raramente aplicada por los órganos jurisdiccionales, ya que en este sentido aún existe mucha pasividad y falta de unificación de criterios por parte de los juzgadores, lo que deja un poco del lado esta buena práctica, ya que es común que el juez le deje esta alternativa al ente investigador.

Siendo el Ministerio Público quien se queda con esta facultad, en la práctica lo común es que en la etapa de conciliación con las partes, en la cual se puede llegar a conseguir la reparación del daño a favor de la víctima; lo más seguro es que el proceso no llegue a desjudicializarse como debería, ya que el ente investigador siempre tratará que continúe el proceso penal, con la diferencia que el mismo va a ser tramitado por la vía del procedimiento abreviado.

Círculos de sentencia: círculos de paz o restaurativos

Esta era una práctica que inició en los pueblos indígenas, dentro de los cuales se reunían las partes involucradas, la comunidad y las autoridades comunitarias, para que por medio de la intervención de todos se lograra un juzgamiento justo, encaminado principalmente al perdón mutuo y a determinar también la responsabilidad que debía asumir cada miembro de la comunidad.

En la actualidad los círculos de paz se han modificado, hasta convertirse actualmente en el proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal en Guatemala, ya que las personas que intervienen en los mismos son tanto el infractor como la víctima, por otro lado, también se encuentran los jueces, entidades de apoyo al sector justicia como el Ministerio Público, el Instituto de la Defensa Pública Penal y la Secretaría de Bienestar Social. Con la ayuda de todos los involucrados se pueda llegar a obtener una sentencia justa que contribuya tanto a la paz como a resarcir el daño, pero cabe aclarar que dichas sentencias pudieran implicar la privación de libertad del adolescente infractor.

En consecuencia, no sería la opción más factible para una justicia restaurativa ya que implicaría el sometimiento de las partes a un proceso penal tradicional, que no representa una forma alternativa de resolver el conflicto, a excepción de las

comunidades indígenas y del derecho de sus pueblos donde se cumplen los fines de los círculos de paz.

Juntas comunitarias reparatoras

Las juntas comunitarias como forma para alcanzar una justicia restaurativa, según la Oficina del Representante Especial del Secretario General Sobre la Violencia Contra los Niños. ONU (2003, Pág. 18) están compuestas por un grupo de miembros de la comunidad capacitados, quienes realizan reuniones públicas con el perpetrador para discutir la infracción y el daño provocado por este. Junto con el infractor, la junta elabora un acuerdo de sanción de duración específica. Una vez transcurrido el plazo acordado, la junta es responsable de dar seguimiento al cumplimiento del acuerdo y, posteriormente, debe presentar un informe al tribunal sobre el desempeño del infractor.

Dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco no existe una figura que se asemeje, o que pueda asegurarse que cumpla a cabalidad con lo que es una junta comunitaria reparatora, pero existen prácticas que pueden acercarse a esta forma para obtener justicia restaurativa. El Ministerio Público en Guatemala como ente encargado de la persecución penal, al momento de conocer una denuncia de infracción a la ley penal, que produzca un daño a una posible víctima y bajo las consideraciones pertinentes de cada caso, tiene la facultad de decidir si es lo más idóneo o no judicializar un caso.

Si decide desjudicializar, puede asemejarse a una junta comunitaria reparadora. Esta acción es conocida dentro del sistema jurídico como junta conciliatoria, la cual lleva su finalidad principal en su respectivo nombre, que es llegar a una conciliación entre las partes, es decir se hace de conocimiento de la víctima de la posibilidad de que se le pueda reparar el daño de una forma pronta y eficaz. Por otro lado, se le hace saber al infractor que se tiene conocimiento de la comisión de un posible hecho delictivo y de las consecuencias del mismo, para que al hacerle consciencia sobre el acto reclamado este tenga la posibilidad primero de admitir su culpabilidad y segundo también la posibilidad de reparar el daño de una forma conforme a la pretensión de la víctima dentro de las posibilidades del infractor.

Para que al momento en el que se dé la conciliación entre las partes, la víctima pueda retirarse con una reparación del daño justa y el infractor evite el ser sometido a un proceso penal y más importante aún, logre evitar el ser sentenciado. Es importante aclarar, que las juntas conciliatorias podrán ser celebradas solo cuando sea factible de acuerdo al grado e impacto de la infracción cometida. Ya que existen infracciones que pueden ser consideradas graves o de alto impacto, que no pueden ser resueltas de una forma conciliatoria, y es necesario el sometimiento del infractor a un proceso penal ante los órganos jurisdiccionales, por la necesidad de sanciones más severas y que garanticen no solo la justicia si

no una sanción que efectivamente ayude a la rehabilitación del adolescente infractor.

Paneles de impacto en la víctima

Los paneles de impacto en la víctima son foros dentro de los cuales las víctimas de ciertos delitos, se reúnen con infractores que han cometido la misma clase de delitos, con la finalidad de expresarles y contarles el impacto y las consecuencias, que ha tenido dentro de sus vidas el haber sido víctimas de dichas infracciones, tanto para ellos como para sus familiares y miembros de su comunidad. Todo esto con la finalidad de poder hacer conciencia a los adolescentes infractores sobre las consecuencias de sus actos para despertar en ellos ese sentido de responsabilidad, para que sean más consientes al momento de tomar decisiones futuras que puedan llevarlos a cometer nuevamente una infracción.

Por lo general esta práctica se da con adolescentes que se encuentran condenados como parte del cumplimiento de su sanción, sometiéndolos a presentarse a estos paneles que puedan ser de aprendizaje, tanto para las víctimas como para los infractores y con esto evitar la reincidencia y lograr reparar en cierto grado simbólico el daño causado a las víctimas.

En la práctica judicial, los paneles de impacto en la víctima, no se realizan, pues a los adolescentes que se encuentran condenados, se les elabora un plan que deben de cumplir dentro de sus

sanciones. Dicho plan la mayoría de veces solo llega a incluir la obligación de asistir a charlas, en donde se les enseña y se les crea conciencia sobre los actos cometidos fuera de la ley, pero es una realidad que no se involucra a las víctimas. Lo cual incumple con uno de los fines de la justicia restaurativa, que es lograr la reparación del daño de forma simbólica, cuando el caso lo amerite en beneficio de las víctimas.

Efectos positivos de la justicia restaurativa

Reducción de la reincidencia

En la definición principal de la justicia restaurativa, uno de sus objetivos es crear conciencia y responsabilidad en los adolescentes y niños infractores, para que a través de que los mismos asuman la responsabilidad de sus actos y reparen los daños causados, esta constituya una verdadera rehabilitación y así se evite vuelvan a cometer infracciones a la ley. Ocanto (2010, Pág. 11) expresa que: “El propósito fundamental de la justicia penal es contribuir a que los mismos se responsabilicen de sus actos, asegurando siempre su bienestar.” Para conseguir estos fines el juez tiene que tener en cuenta, a la hora de imponer la sanción, no solo la infracción cometida, sino toda una serie de factores psicológicos, familiares y sociales en base a los que se determinarán las medidas que mejor incidan en su educación, procurando causarle la menor aflicción y restricción de derechos.

Restituye al infractor y a la víctima

Esto debido a que la justicia restaurativa busca alcanzar justicia para todas las partes involucradas, beneficiándolas de forma que todos obtengan justicia, pero a la vez puedan resolver cualquier situación con la menor afectación para las partes involucradas. La forma en que la justicia restaurativa logra restituir tanto al infractor como a la víctimas es porque en caso del primero, lo va ayudar creándole conciencia sobre el acto que se le reprocha, también se le va a facilitar mediante medios conciliatorios, formas de reparar el daño causado y además, se le estaría brindando ayuda para poder retomar el camino y volver a ser un miembro productivo de la sociedad.

Tal como lo expresa Conde (2009, Pág. 9), considerando al adolescente como un sujeto en plena evolución intelectual y emocional, limita la acción de su potestad sancionadora y trata de evitar, en primer lugar y cuando sea posible, la imposición de una condena a pesar de haber encontrado al adolescente responsable de una conducta delictiva, es decir, tiende a la desjudicialización.

En cuanto a la víctima, lo más importante es lograr resituarla reparando el daño causado, siendo esta reparación tanto de forma emocional, económica y simbólica, generando en la víctima un sentimiento de justicia que le permita otorgar su perdón al infractor y que con esto se logre restablecer la paz dentro de los miembros de la sociedad.

Repara el daño

La reparación del daño como uno de los principios fundamentales de la justicia restaurativa, juega un papel muy importante, ya que la comisión de un delito o infracción a la ley siempre va a generar un daño para las víctimas, y más que realizarle un reproche al infractor e imponerle una sanción, la verdadera justicia debe procurar que los derechos que fueron vulnerados a la víctima puedan ser restituidos nuevamente dentro de las posibilidades de cada caso en particular. Como consecuencia de la reparación del daño, se generará un perdón en las víctimas para con los infractores, podrá restaurarse el orden y la paz dentro de las comunidades, cumpliendo así con los fines que persigue la justicia restaurativa.

Disminuye la carga procesal

Siendo esta una de las consecuencias directas de la justicia restaurativa, representa una gran ayuda para el sector justicia y las instituciones públicas, ya que muchos de los casos de infracciones de adolescentes pueden resolverse de forma extra judicial, y siendo que la legislación guatemalteca contempla múltiples medidas desjudicializadoras, es importante, priorizarlas y crear en nuestras autoridades y personas involucradas una cultura de resolución alternativa de conflictos.

Debe tomarse en cuenta que es importante entender que es necesario establecer en que tipos de infracciones se puede

obviar la participación de los órganos jurisdiccionales, ya que en Guatemala y muchos países latinoamericanos debido a la existencia de estructuras criminales y pandillas, muchas veces los adolescentes y niños son utilizados para cometer delitos que son considerados graves o de alto impacto.

Esto genera automáticamente que no puedan ser sometidos a formas de resolución de conflictos alternativos y que se deban judicializar los casos, dentro de los cuales también es posible alcanzar una justicia restaurativa, con la diferencia que será un proceso más extenso.

Empodera a la comunidad en el control social

La justicia restaurativa busca siempre que dentro de un conflicto estén involucrados no solo el infractor y la víctima, es decir busca la participación activa de la comunidad, debido a que esto generará que el daño sea reparado también para la sociedad y esto genere un perdón para los infractores y con esto se evite la estigmatización de los adolescentes infractores.

Razones por las que la justicia restaurativa es necesaria

Para evitar que un adolescente sea judicialmente sometido a un proceso o privado de su libertad por una infracción que no es grave y que como consecuencia puede resultar innecesariamente

estigmatizador para el adolescente. También es importante para un adolescente entender las consecuencias de su acto cuando puede apreciar la aflicción de la víctima. Por sus efectos educativos y de reinserción social, la reparación puede ayudar al adolescente a comprender las consecuencias de su acto y de rehabilitarse como individuo.

Por lo tanto, es necesaria una actualización del sistema de justicia juvenil guatemalteco, ya que solo podemos encontrar ciertos vestigios de la justicia restaurativa, tanto a nivel legislativo como estructural para poder garantizar una justicia restaurativa integral.

La justicia restaurativa representa un beneficio de grandes escalas para los sistemas judiciales, ya que, al reparar el daño causado, crea conciencia en los infractores y los rehabilita involucrando a la sociedad.

Se debe procurar la implementación y generalización a nivel nacional de los modelos de justicia restaurativa, que actualmente se puede ubicar de forma real dentro del Derecho indígena.

Se debe establecer de forma precisa los casos e infracciones en los que se dará prioridad a la aplicación de la justicia restaurativa, ya que no es prudente someter al adolescente a un proceso penal, por infracciones que no están revestidas de gravedad.

Debe ser prioridad, realizar una unificación de criterios dentro de los órganos jurisdiccionales, en virtud que existen casos que pueden ser desjudicializados y encaminados a una justicia restaurativa efectiva, pero no por criterios personales de los juzgadores y del ente acusador.

Referencias bibliográficas

- Conde María De Jesús. (2009). *El Acceso a la Justicia de Niños, Niñas y Jóvenes Revista IIDH.*
- Ocanto SL. (2010) *Estrategias Para la Reinserción Social de Jóvenes en Conflicto con la Ley. Estudios Sociales Contemporáneos.* Universidad de Cuyo Ciudad Mendoza. Argentina.
- Oficina de Las Naciones Unidas Contra La Droga y El Delito. (2006) *Manual sobre programas de justicia restaurativa.* Viena Austria. Noviembre.
- Oficina del Representante Especial del Secretario General Sobre la Violencia Contra los Niños. (2003). *Promover la justicia restaurativa para niñas, niños y adolescentes.* ONU.
- Padilla Guillermo. (2005) Pluralismo Jurídico y Paz en Guatemala, Revista IDH. Vol. 41.
- Rodríguez Barillas Alejandro. (2016). *Módulo de Formación Acerca de Justicia Juvenil Enfocado en Sanciones Socioeducativas.* Guatemala.

Referencias Normativas

- Constitución Política de la República de Guatemala. Reformada por Acuerdo legislativo No. 18-93 del 17 de noviembre de 1993.
- Convención Sobre Los Derechos Del Niño. Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.
- Ley de Protección Integral de la Niñez y adolescencia de Guatemala. Decreto No. 27-2003.

Otras Referencias

- Terre Des Homes. Qué Es La Justicia Juvenil Restaurativa. Año. 2020 <https://tdh-latam.org/que-es-la-justicia-juvenil-restaurativa/>

Un análisis de las principales tendencias tecnológicas que van a impactar en el defensor público en los próximos años, así como de los riesgos asociados a la adopción de estas nuevas herramientas

M.Sc. Elmer J. España

Resumen

El defensor público en Guatemala ha ido adaptando en el ejercicio de su profesión, los avances tecnológicos de los últimos años, en particular con el uso de computadoras, bases de datos, internet y dispositivos móviles. Recientemente se están desarrollando nuevas tecnologías en áreas como la inteligencia artificial (IA), herramientas para asistencia virtual en tareas repetitivas, almacenamiento en la nube, entre otras, que están siendo rápidamente adoptadas por diferentes profesiones.

Para los defensores públicos, las nuevas tecnologías podrían llegar a tener un amplio margen de aplicación, pero a la vez grandes desafíos, que conviene analizar.

Para entender mejor el impacto de una revolución tecnológica en general, se explican términos clave como la brecha digital, el desplazamiento laboral y la seguridad informática, desde la perspectiva del defensor público en Guatemala.

Se analizan tanto las posibles aplicaciones de los avances tecnológicos actuales, así como los riesgos asociados a su surgimiento y adopción.

Palabras clave: avances tecnológicos, defensor público, inteligencia artificial

Introducción

En los últimos treinta años, la mayoría de profesiones han ampliado su alcance y modificado algunas de sus prácticas debido a los constantes avances tecnológicos, que van desde el uso de computadoras, dispositivos móviles, bases de datos, internet y aplicaciones en dispositivos móviles conocidas como –apps–.

El Profesional del Derecho en general y el defensor público en particular, no son la excepción, pues a pesar de no ejercer una carrera orientada al estudio de nuevas tecnologías, si han evolucionado a la par de estos avances, adaptándose a los paradigmas de la Revolución Tecnológica y la globalización.

Entre los factores que podrían influir en que los defensores públicos aprovechen estos avances, destacan: El acceso oportuno a las nuevas tecnologías, la educación y alfabetización digital, la brecha digital. La experiencia nos dice que es necesario que el defensor público cuente con educación digital actualizada y de preferencia en su idioma, orientada a aumentar su productividad, en el futuro próximo.

Por otro lado, existen riesgos ante la adopción de nuevas tecnologías, que es conveniente analizar, ya que muchas profesiones han tenido también impactos negativos debido al surgimiento de estos avances y los defensores públicos también podrían verse afectados.

El proceso de actualización tecnológica en el Instituto de la Defensa Pública Penal

El Instituto de la Defensa Pública Penal desde su fundación en el año 1998, ha hecho enormes esfuerzos para fortalecer las capacidades de su personal, por medio de la aplicación de Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), tales como Bases de Datos, redes, aplicaciones y otros medios que permiten la recopilación de información, su almacenamiento y consulta.

Una de las principales herramientas informáticas con las que cuenta la institución es el Sistema Informático de Apoyo al defensor público –SIADPEP-, que fue desarrollado en el año 2007 y empezó a ser utilizado como un Sistema de Registro de la Información de los casos penales que atiende la institución, en el año 2008.

Este Sistema Informático cuenta con diferentes módulos, entre ellos el de asignación de casos, notificaciones, seguimiento de casos, agenda del defensor y estadísticas, los cuales reflejan las diferentes actividades realizadas cada día por los defensores públicos para la prestación del servicio al usuario. La información que se recopila por medio de éste sistema se almacena en bases de datos, que posteriormente pueden ser consultadas para apoyar las actividades de defensa, así como

para elaboración de informes, estadísticas y publicaciones institucionales.

El impacto del trabajo del Instituto de la Defensa Pública Penal en la sociedad guatemalteca ha sido tan positivo, que se ha hecho necesario ampliar la cobertura para intentar llegar cada vez a más municipios y áreas donde el servicio es requerido.

El aumento en el uso de éste sistema ha impulsado también la adquisición de computadoras y servidores, la contratación de servicios de enlaces desde la sede central hacia las sedes en donde el Instituto de la Defensa Pública Penal tiene cobertura, así como la constante capacitación de los defensores públicos, asistentes de defensor, Coordinadores y personal administrativo, para lo cual el Instituto cuenta con un Sistema de Educación Virtual Institucional -SEVI-, otro ejemplo de cómo las TIC's se integran a las actividades del defensor público.

Las computadoras también se utilizan en el trabajo diario del defensor público, en actividades comunes entre las que se pueden mencionar: la redacción de documentos legales, investigación jurídica, comunicación con colegas y usuarios, entre muchas otras.

Por otro lado, el defensor público ha empezado a utilizar en sus actividades diarias algunas tecnologías externas a la institución

tales como redes sociales, apps de dispositivos móviles y la telefonía celular. Vivimos en un mundo globalizado en el cuál las nuevas tecnologías se van integrando a todos los aspectos de nuestra vida.

Podemos comprobar que la mayoría de instituciones bancarias han implementado apps de agencias virtuales, con las cuales se pueden realizar múltiples operaciones que antes se realizaban únicamente asistiendo a una agencia física y siendo atendidos en una ventanilla por una persona.

Se ha popularizado el uso de apps de mensajería que facilitan la comunicación con personas en cualquier país o región, reduciendo sensiblemente los costos asociados a la telefonía. Estas aplicaciones permiten realizar video llamadas, crear grupos con temas afines, mensajes de voz, mensajes cortos en video y otras funciones, que han revolucionado la forma en que nos comunicamos, a nivel personal, familiar y laboral.

Esto nos demuestra que la Revolución Tecnológica que estamos viviendo, va modificando la forma en que realizamos nuestras actividades diarias, de forma que, si el defensor público no utiliza estas nuevas tecnologías en su trabajo, las utiliza en otras áreas de su vida fuera del horario laboral. Esto representa una oportunidad para integrar las nuevas tecnologías dentro de las actividades diarias del defensor público, por lo que es importante que se continúe con el proceso de actualización

tecnológica, tanto en computadoras, dispositivos móviles, servicios de conexión a internet de alta velocidad y educación digital para el personal de la Institución.

La tendencia es que se desarrollen aplicaciones que aporten soluciones eficientes para muchas de las actividades que se realizan en cualquier profesión y ámbito de la vida del ser humano y que estas tecnologías puedan estar al alcance de la mayoría.

Tendencias tecnológicas actuales

Algunas de las tendencias tecnológicas que podrían integrarse a la labor de los defensores públicos en los próximos años son las siguientes:

• Automatización de tareas rutinarias

En sus inicios el Instituto de la Defensa Pública Penal contaba únicamente con máquinas de escribir para elaborar memoriales y otros documentos legales. Con la paulatina adquisición de computadoras y el uso de programas especializados, como procesadores de palabras, se ha facilitado la redacción de documentos y su almacenamiento digital, para consultas posteriores, impresiones o correcciones.

Una de las aplicaciones que apoyan la labor del defensor público, es la de agendas electrónicas en el –SIADep-. Una agenda

de éste tipo, permite registrar actividades futuras, gestionar calendarios, crear mensajes de recordatorios y funciona como una bitácora de actividades. Estas agendas se podrían integrar cada vez más con otras aplicaciones, como el correo electrónico o las redes sociales, permitiendo al profesional extender su red de influencia y contactos, de forma fácil y rápida.

• **Redacción de documentos con inteligencia artificial (IA)**

Dentro de los usos que se espera puedan impactar en la profesión del defensor público, en el futuro próximo, está la redacción de memoriales y otros documentos legales apoyados con herramientas de IA.

La IA es un concepto que lleva décadas de estar en desarrollo, pero ha sido en los últimos dos años cuando la tecnología ha permitido llevarla a la práctica en ambientes reales, popularizando su uso en todo el mundo a pasos agigantados.

Para entender la IA, es útil imaginar una biblioteca digital que cuenta con un guía virtual, en espera de nuestras instrucciones para realizar una búsqueda en esa biblioteca y darnos el mejor resultado posible, pero además es capaz de resumir la información, ordenarla, darle una orientación y aprender en el proceso para que nuestras próximas consultas y requerimientos tengan mejores resultados que los anteriores.

El guía virtual espera recibir de nosotros instrucciones, contextos, ejemplos y requerimientos de cualquier tema y en cualquier idioma, del que tenga información disponible. El objetivo del defensor público para aprovechar esta tecnología, es entrenar al guía virtual, para realizar tareas repetitivas y que consumen mucho del tiempo que podría ser aprovechado en actividades de mayor valor, como el análisis jurídico o la elaboración de estrategias de defensa.

Un caso de uso de la asistencia de la inteligencia artificial, para el defensor público puede ser la elaboración de memoriales y otros documentos legales que tienen un formato preestablecido y que solo se necesita modificar datos específicos como nombre del usuario, fechas, órganos competentes, por mencionar algunos. Los proveedores de servicios de inteligencia artificial permiten crear “Asistentes Virtuales” personalizados, que, al ser entrenados adecuadamente, pueden entender instrucciones y realizar tareas como la de redactar documentos o verificar que documentos ya redactados cumplan con los requisitos legales establecidos.

Estas capacidades de consulta ya están siendo aprovechadas en países como Estados Unidos y Canadá, donde se ofrecen servicios en línea de análisis de documentos legales basados en IA, por ejemplo el sitio www.everlaw.com cuenta con una suscripción que incluye múltiples herramientas de análisis

de documentos legales utilizando IA, investigación jurídica, trabajo en equipo y almacenamiento de información en la nube. El usuario del servicio, proporciona el documento digital que quiere que se analice y como resultado de éstos análisis se reduce el tiempo que un profesional del derecho utiliza para ello, liberándolo para realizar otras actividades importantes.

Hasta ahora los resultados son sorprendentes y apenas estamos en las primeras etapas del desarrollo de la IA como parte de nuestras actividades diarias. Actualmente hay una competencia entre empresas de tecnología por desarrollar todo el potencial de la IA.

• **Herramientas de comunicación y colaboración**

La humanidad se vio obligada a enfrentar la Pandemia del COVID-19 o Coronavirus de alcance global durante los años del 2019 al 2021, que redujo las reuniones en grupos y la asistencia a los puestos de trabajo, debido a su alta tasa de contagio y mortalidad. Como consecuencia se hicieron populares herramientas de colaboración, trabajo remoto y comunicación que ya existían antes de la pandemia, pero que encontraron su aplicación masiva en esos años. El mundo requería de videoconferencias grupales, trabajo en equipo a distancia, mensajería y otras herramientas colaborativas y de gestión de personal, que sustituyeran las reuniones personales y redujeran el posible contagio de estas y otras enfermedades.

A partir del año 2022 se reiniciaron paulatinamente las reuniones personales y a pesar de que el trabajo remoto y videoconferencias se redujeron sensiblemente, dejaron una cultura de comunicación remota que sigue siendo de mucha utilidad y que los defensores públicos pueden seguir aprovechando. Con éstas herramientas puede facilitar la comunicación con colegas y usuarios, no importando su ubicación geográfica y donde la ley lo permita. También es importante la reducción de costos por traslado para reuniones, en especial a otras regiones del país.

• **Gestión de documentos en la nube**

El concepto de almacenamiento de información en la nube, no es nuevo, pero ha tomado tiempo en ser adoptado por la mayoría de profesiones debido a la naturaleza remota de la tecnología y a que implica pagar una suscripción para mantener la información almacenada allí, algo a lo que la sociedad aún está acostumbrándose y que se parece al pago de servicios de video por demanda como Netflix o Disney +.

La gestión de información en la nube, ofrece acceso a la información y documentos digitales desde cualquier lugar del mundo y promueve la colaboración en la elaboración de cualquier documento. Cabe resaltar que, los documentos digitales se guardan en servidores administrados por otras personas en alguna remota ubicación y hasta el momento no

existen mecanismos legales para proteger esta información, si está almacenada en otro país. Es por esta razón que, para el Instituto de la Defensa Pública Penal, hasta ahora es más conveniente guardar su propia información, en servidores administrados por personal técnico de la institución, debido al carácter privado y sensible de la información de los expedientes electrónicos.

Sin embargo, las legislaciones en varios países han desarrollado soluciones para garantizar la privacidad, validez y seguridad de los documentos almacenados en la nube, con el fin de aprovechar las ventajas de ésta tecnología, en profesiones como la medicina, el derecho y la ingeniería.

Es de esperar que nuestro país adopte medidas similares que permitan generar certeza jurídica en el proceso de almacenamiento y consulta de documentos almacenados en la nube.

La mayor ventaja de este almacenamiento, es que, por un bajo costo de suscripción, se cuenta con mucho espacio disponible, además de servicios de trabajo colaborativo, diferentes grados de acceso y seguridad, la garantía de que hay un equipo de expertos informáticos resguardando la información y haciéndola disponible las 24 horas los 365 días del año. El usuario de almacenamiento en la nube, reduce los costos al no tener que

comprar servidores propios y contratar a personal informático para administrar dichos servidores.

Es por ello que cuando nuestro país desarrolle figuras jurídicas específicas para ésta tecnología, podrá ser finalmente adoptada como práctica común, teniendo la seguridad de que nuestros documentos van a poder ser consultados por usuarios autorizados únicamente y van a estar disponibles siempre, para sus legítimos propietarios y sus colaboradores.

Estas no son las únicas tendencias tecnológicas que pueden impactar en la labor del defensor público, pero son las más notorias por el momento.

Riesgos en la adopción de nuevas tecnologías

Al estudiar la historia del desarrollo de la humanidad, podemos observar que hay avances tecnológicos que han iniciado movimientos sociales y cambios en la vida diaria de las personas. Casos como la Revolución industrial que inició a mediados del siglo XVIII en Gran Bretaña y se extendió hasta finales del siglo XIX a Europa y América del Norte, ilustran las profundas transformaciones que las sociedades pueden experimentar, teniendo efectos positivos y negativos en diferentes actores del proceso.

Por un lado, existen sectores sociales y económicos que se benefician, mientras otros sufren desplazamiento laboral, desigualdades al acceso de las nuevas tecnologías, cambios en los ambientes de trabajo y horarios, además de cambios en la forma en que se remunera el trabajo realizado, entre otros impactos.

Haciendo una comparación con la actual Revolución Tecnológica Digital, podemos encontrar que existen riesgos asociados a la adopción de estos avances, en profesiones que no están relacionadas directamente a la tecnología, aunque si hacen uso de ella en algún grado. Entre los principales riesgos se encuentran:

- **Desplazamiento laboral**

Dentro de las posibilidades que se abren cuando una tecnología nueva aparece y es adoptada en la sociedad, es que las profesiones tradicionales se vean obligadas a utilizarlas e integrarlas a su práctica común. En Guatemala hemos visto como instituciones como la Superintendencia de Administración Tributaria –SAT- ha impulsado la sistematización de procesos como las Pólizas de Importación/Exportación, pago de impuestos, procesos de auditoría, entre otros, reduciendo en muchos casos las solicitudes de asistencia jurídica que se necesitaban en la realización de trámites hace algunos años. En particular las figuras del tramitador y del abogado especialista en tributación

ha reducido sus actividades e ingresos percibidos. A esto se le conoce como Desplazamiento laboral.

En países como Estados Unidos y Canadá, este desplazamiento laboral también se está registrando en otras ramas del derecho, donde la ley ha sido actualizada para que el usuario pueda resolver situaciones jurídicas no penales, apoyándose en herramientas de inteligencia artificial para la elaboración de documentos legales básicos y el análisis de situaciones como contratos de arrendamiento, conciliaciones, reclamos laborales, compras y ventas, por mencionar algunos.

Es el ámbito penal donde es más difícil que se adopten en el corto plazo esta clase de herramientas debido al nivel de riesgo que implica, el no contar con la asistencia de un defensor público con experiencia en la rama penal, que represente a un usuario de forma personal, en particular en audiencias y diligencias que pueden afectar el resultado de un proceso legal.

• **Dependencia tecnológica**

Este riesgo se relaciona con la disminución de las habilidades de un profesional, cuando utiliza las nuevas herramientas y deja de desarrollar sus habilidades manuales y cognitivas en el ejercicio de su profesión.

En el caso de los defensores públicos, existe el riesgo de confiar totalmente en las nuevas tecnologías, hasta el punto de dejar de revisar los resultados obtenidos. Esto conlleva el riesgo de no detectar errores o reducir la capacidad de análisis, por falta de práctica del defensor.

• Problemas de seguridad de la información

Tanto la IA como el almacenamiento de información en la nube, surgen como respuesta a la necesidad de manejo de grandes cantidades de información. Ante esta necesidad surgen interrogantes respecto a la seguridad de tanta información.

El riesgo es mayor para profesiones como la del defensor público, ya que comúnmente se maneja información confidencial y sensible de los usuarios, que en cierto momento podrían estar expuestos a ataques a dicha privacidad.

Por fortuna a la par de las amenazas de ataques se desarrollan soluciones de privacidad y seguridad que protegen de manera efectiva la valiosa información. El aspecto negativo de esto puede ser que la seguridad se convierte en un costo, que se refleja en la contratación de expertos en ciberseguridad o la contratación de servicios externos que se encarguen de estos riesgos, tales como la nube.

• Errores de las herramientas utilizadas

Las nuevas tecnologías nos sorprenden cada día con soluciones a muchos de nuestros problemas como profesionales, pero no hay que olvidar que también son susceptibles a cometer errores y fallar, cuando menos lo esperemos.

Es por ello que ante el riesgo de errores es importante contar con una estrategia de gestión de errores y fallas, que garantice la seguridad de la información manejada durante el ejercicio de la profesión. Esto nos muestra el nivel de apoyo que es necesario tener en cualquier profesión. No basta con contar con una sola especialización, la tendencia es la conformación de equipos de trabajo multidisciplinarios, donde todos los miembros se complementen con el fin de lograr objetivos comunes.

Aumento de la brecha digital

Se conoce como brecha digital a la diferencia que existe entre personas que tienen acceso a internet y tecnologías digitales, como las mencionadas anteriormente. La brecha digital puede ser medida por el acceso que se tiene a dispositivos como computadoras, teléfonos inteligentes, tabletas, entre otros, así como acceso a internet de alta velocidad, conexiones por fibra óptica, cobertura de telefonía celular, capacitaciones específicas en el uso de tecnologías

En países con la menor brecha digital, se están creando servicios innovadores dentro del Derecho, que pueden ser útiles para la institución tales como: asistentes jurídicos virtuales y consulta de preguntas frecuentes, que están acercando el servicio a los usuarios sin importar su ubicación física. De acuerdo a datos estadísticos del Instituto de la Defensa Pública Penal, publicados en su Boletín Estadístico, en el año 2023 se atendieron 26,748 asesorías penales y no penales, que requirieron de la atención directa de defensores públicos a los usuarios. Las asesorías son consultas relacionadas con diferentes ramas del Derecho, como la Penal, Familiar, Civil, etc., que las personas se acercan a una sede del IDPP, para realizarlas. Con la creación de un asistente jurídico virtual con inteligencia artificial, podría reducirse el tiempo que se dedica a esta actividad sin dejar de prestar el servicio. Fuente: Boletín Estadístico 2023, rescatado del sitio web: <https://www.idpp.gob.gt/index.php/transparencia-idpp/estadisticas/65-estadisticas-mensuales/288-estadisticas-mensuales-2023>

El futuro del Derecho en la era de las tecnologías digitales

Las nuevas tecnologías se van a ir integrando a la práctica de las diferentes profesiones, debido a la adopción masiva de las mismas y de los cambios legales que se van a ir dando de la mano. En particular el defensor público va a estar expuesto a estos avances tecnológicos y tendrá la necesidad de capacitarse

para aprovechar sus ventajas y minimizar los riesgos asociados con su uso o falta de uso.

Siendo la profesión legal una especialidad que se basa fuertemente en habilidades humanas como el razonamiento crítico, la comunicación asertiva, la ética profesional, las relaciones interpersonales y experiencia en la práctica, se puede esperar que no exista un desplazamiento laboral en el futuro próximo, provocado por la adopción de las nuevas tecnologías.

La integración de las nuevas tecnologías expuestas, dependerá en gran medida del desarrollo del Sistema legal del país y la Institución, además del estudio de las nuevas cuestiones éticas relacionadas con el ejercicio de la profesión del Derecho, en el mundo digital en el que vivimos.

Por otro lado, se deben fortalecer los procesos de adopción de nuevas tecnologías en el ámbito profesional y laboral, filtrando las mejores prácticas y tomando en cuenta las vulnerabilidades de éstos avances y las limitaciones inherentes a su naturaleza digital que, hasta la fecha, no ha podido igualar del todo las capacidades humanas que se necesitan en el ejercicio de cualquier profesión, pero particularmente la del defensor público.

Referencias Bibliográficas

- Thomas S. Ashton (1969) The Industrial Revolution 1760-1830, Oxford University Press, Universidad Estatal de Pensilvania, Estados Unidos.
- Boletín Estadístico del Instituto de la Defensa Pública Penal 2023, rescatado del sitio web: <https://www.idpp.gob.gt/index.php/transparencia-idpp/estadisticas/65-estadisticas-mensuales/288-estadisticas-mensuales-2023>
- Sitios web consultados respecto a servicios legales aplicando IA y otras tecnologías mencionadas en el artículo, www.everlaw.com , www.fastcase.com

Lesividad al bien jurídico tutelado como habilitante del poder punitivo del Estado

Lic. Ever Ariel Orrego Dubón

Facultad punitiva del Estado

El Estado en su función garante del bien común, para mantener el control y orden social a través de la administración pública, ha generado políticas criminales encaminadas a resguardar el control social, provocando que se creen tipos penales y normas jurídicas que sancionan un peligro abstracto, sin que se materialice lesión alguna en los bienes jurídicos protegidos, pero el Estado se anticipa y pretende justificar una prevención general y sobreponer la protección del bien colectivo por sobre el particular, sin embargo, estas prácticas son propias de un derecho penal de autor, cuando el sistema jurídico penal que nos rige es de un Derecho Penal de acto.

La intervención debe estar justificada, orientada hacia los fines del Derecho Penal, buscando un equilibrio, orientado a mantener y garantizar el orden social, sin desnaturalizar su esencia y desproteger los derechos de toda persona que pueda transgredir un bien jurídico tutelado.

La prevención especial sólo subsistía desde la lectura constitucional del Derecho penal. Y, sobre todo, en el nuevo orden mundial, los Estados debían expresar signos de fortaleza, en suma, de subsistencia, para tal menester nada mejor que la apuesta por la intervención punitiva. Esta constituye una de las expresiones máximas del *imperium* del Estado. Se estaba gestando el Derecho penal de la nueva

Edad Media. De la intervención mínima a la intervención máxima, del principio de la “*última ratio*” del Derecho penal a la “*prima ratio*”. (Morales, 2015, Pág. 36)

Habiendo una amplia gama de ramas a las que pertenece un problema social y que debería ser tratado en su ámbito, tomando en consideración una especialidad propia sobre el tema, sin embargo, es claro y evidente que han fracasado las políticas criminales y administrativas.

En el sistema normativo penal, debe tenerse presente que, ante la creación de normas especiales con fin preventivo, con la creación de figuras delictivas de peligro abstracto que no generan lesión a bien jurídico determinado o individualizado, se pone en peligro la restricción de los derechos fundamentales y garantías individuales de las personas, pues ya no se busca que exista una relación causal con el supuesto jurídico; en estos delitos el Estado se ha adelantado a una materialización o lesión del bien jurídico protegido, siendo un derecho penal de autor y no de acto. A esto se le conoce en la doctrina como delitos de tercera velocidad.

El tratadista, Bustos Ramírez, (1994) aborda la facultad punitiva del Estado, sus alcances y el principio de lesividad, así como lo que conlleva el mismo sobre un bien jurídico tutelado.

El poder de restringir un derecho fundamental, como lo es la libertad individual de las personas, a través de la tipificación de una conducta penal, encuentra como límite el reconocimiento de la calidad de persona de todo ser humano, su libertad en el ejercicio de sus derechos, en la medida en que no perjudiquen derechos ajenos. Este principio se conoce como *nullum crimen sine injuria* o principio de lesividad por medio del cual no hay delito sin afectación de un bien jurídico. (Pág. 113)

Si bien, el Estado está legitimado, el punto en cuestión es que se desgasta el sistema penal para perseguir y sancionar conductas de peligro abstracto o sin víctima, que no generan en la sociedad una materialización o en un bien jurídico específico, entonces, la sanción es sobre una conducta que se considera pone en peligro bienes jurídicos y a efecto de prevención el Estado se anticipa y sanciona, con la irracional idea que es una política criminal de prevención general, lo cual está muy lejos de serlo, solo se está castigando un posible resultado incierto, no está dirigida a arraigar el problema de raíz.

El fin del Derecho Penal y su función principal en la esfera del Estado de Derecho, es proteger a la colectividad y sus derechos, pero no puede desproteger al sujeto que resulte sindicado de un hecho delictivo.

Un Derecho penal estrictamente ceñido a la protección de bienes jurídicos es disfuncional, porque de lo que se trata es de proteger funciones del Estado, cambiantes e inciertas. El Derecho Penal inicia su camino hacia el sosiego de la conciencia del pueblo, deben garantizarse expectativas de seguridad; para alcanzar tales metas el grado de lesividad de las conductas y la proporcionalidad de los castigos se convierten en contenidos de una vieja retórica de los tiempos modernos, abandonada por anacrónica y hasta peligrosa. (Morales, 2015, Pág. 54).

Debe siempre y en todo caso tratarse a la persona sindicada como un sujeto del proceso y no solamente como objeto del mismo, o bien, como un número estadístico en metas a alcanzar, que por su alto número pretenden dar una idea de efectividad y eficiencia en las políticas criminales puestas en acción.

Tradicionalmente al Derecho Penal de los tiempos modernos se le ha asignado la tarea de garantizar o reforzar la protección de bienes jurídicos, que la conciencia social ha percibido como tales. Se formula así el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, decantados socialmente, como uno de los pilares del Derecho penal del Estado de Derecho y como uno de los límites del *ius puniendi* del Estado. Protección y conservación de los bienes jurídicos,

no significa que el Derecho Penal se halle cerrado a la evolución histórica y al cambio social. El Derecho penal es un producto histórico y cultural sometido a continuo cambio. (Morales, 2015, Pág. 117)

El problema abordado radica mayormente en las normas penales sustantivas, que contemplan un supuesto de hecho en el cual se debe encuadrar una conducta humana para su tipificación y respectiva sanción, por lo que, al ser derecho positivo vigente, resulta de observancia y aplicación obligatoria para los operadores de justicia, es por ello que en la creación de la norma, debe velarse por tener una regulación solo de aquellas conductas que directamente generen una afectación, materialización y lesión a un bien jurídico que no tenga otra forma de ser tratado más que a través del Derecho Penal.

Un factor importante a tomar en consideración en los delitos de peligro abstracto es, lo imposible de conocer el pensamiento del sujeto que realiza una conducta considerada delictiva, pues no es posible saber su propósito y finalidad del todo al no haber un resultado como consecuencia de la conducta, pero se apunta a la protección *ex ante* de bienes jurídicos colectivos e indeterminados, sin haber materializado o lesionado un bien jurídico.

El problema material reside en lo siguiente: se establecen hechos punibles dolosos con base en normas de conducta

que prohíben el causar dolosamente un detrimento a un bien jurídico. Pero si, con el fin de ampliar la protección del bien jurídico, se pretende castigar también a quien cause el resultado sin dolo, entonces todos nosotros estaríamos en una penitenciaria ... hasta nuestras madres, por haber causado nuestra muerte, porque si no nos hubieran dado a luz no encontraríamos algún día incierto, pero seguro, nuestra muerte. Debe haber violación de una norma de conducta que obliga a no realizar o a realizar determinadas acciones, una prohibición o un mandato. Donde no existen tales reglas, que influyen sobre las conductas humanas de antemano, antes de acontecer el resultado, no se puede hablar de una conducta antijurídica y, eventualmente, de la comisión de un hecho punible. (García, 2007, Pág. 378)

Debe tenerse presente que, el poder punitivo del Estado no es pleno y absoluto, existen garantías. El Estado no cumple en un plano igualitario en garantizar los derechos sociales a sus habitantes, pero si lo exige en igualdad al aplicar disposiciones normativas, partiendo del enunciado, que nadie puede alegar ignorancia de la ley y del aforismo *lex dura lex* (la ley es dura, pero es la ley).

Es incuestionable que, si bien nuestra cultura no admitiría la decisión no punitiva de algunos conflictos, esto no sucede con todo el inmenso campo abarcado por la criminalización

primaria ni mucho menos. No obstante, cabe señalar que estas propuestas de derechos penales mínimos exigen también una profunda transformación del poder que hoy camina en sentido diametralmente opuesto, aunque –al igual que el abolicionismo– tienen la virtud de invertir la cuestión: una vez más es el poder punitivo, como artificio humano, el que debe justificar su existencia y extensión. (Zaffaroni, 2012, Pág. 172)

La aspiración e ideal sobre el Derecho Penal es, sobre la forma de abordar y solucionar las tendencias criminales, los fenómenos delincuenciales, en especial que se contemple el trato digno y basado en el respeto a los Derechos Humanos. Un sistema jurídico que extienda sus garantías a toda persona, del cual resulte una efectividad en la justicia, en donde la intervención punitiva sea mínima, que se tenga una Política Criminal efectiva, se garantice la presunción de inocencia, para que la prisión preventiva no opere como una regla general y de forma indirecta, como una pena anticipada.

La conceptualización de los Bienes Jurídicos:

El bien jurídico protegido es lo que habilita al poder estatal para la prohibición de las conductas desviadas que afectan a los mismos y consecuentemente ser castigados. Sin embargo, el Estado ha tomado protagonismo y ha incrementado su nivel de intervención;

incluso ha adoptado los derechos de las víctimas. En consecuencia, el Estado acude a un sistema penal con figuras delictivas que no asumen las limitaciones razonables que requiere la moderación del poder punitivo del Estado, que como todo poder, requiere de limitaciones especiales. El aparato estatal, se constituye en un ente que busca la persecución de los que transgreden bienes jurídicos que carecen de víctimas que puedan reclamar sus derechos. En su drasticidad el Derecho Penal dificulta garantizar el bien común y la pacificación social.

Piénsese que, en sus orígenes, la sistemática de la teoría del delito fue concebida al amparo de un marco de plena legitimación de las potestades sancionatorias, con el reconocimiento de la existencia de un monopolio del *ius puniendi* en manos del Estado, básicamente, el derecho de castigar a los ciudadanos echando mano del ejercicio del poder punitivo. Esto, siempre en procura de la protección de determinados bienes jurídicos cuya lesión desestabilizaría el normal desenvolvimiento de la vida en sociedad y podría conducirnos a estadios históricos anteriores al surgimiento de los Estados-Nación, donde los conflictos se resolvían por aquellos procedimientos denominados “ordalías” o “juicios de dios” (pruebas de resistencia física) o bien, la venganza privada, propia de la lógica de los antiguos clanes germánicos.” (Zaffaroni, 2014, Pág. 117)

El catálogo de delitos que dependan de la acción particular o acción privada es muy limitado, aun siendo la víctima sobre quien recae la acción ya sea directa o indirectamente, sin embargo, el Estado se atribuye función legitimadora para accionar en su representación, descartando cualquier acuerdo, convenio o conciliación para la solución del conflicto pacíficamente, cuando el mismo es un ente abstracto que no sufre o recibe directa o indirectamente una lesión.

Véase, para citar un ejemplo, en los delitos sexuales, al hacer un análisis y comparación entre el delito de Violación y Agresión sexual, en donde dependiendo la edad de la víctima, podría verse afectada la libertad o indemnidad sexual. Pero en un supuesto, que la víctima sea mayor de edad, en donde se vea vulnerada la libertad sexual en ambos tipos penales. Haciendo una ponderación, es claro que, no solo por las penas asignadas a cada tipo penal, sino también la afectación que representa uno y otro delito, que va más allá del bien jurídico protegido, inclusive se puede decir que la dignidad de la víctima también se verá afectada; concibiéndose que la Violación representa mayor lesividad, esto claro sin demeritar los efectos del delito de Agresión sexual.

Sin embargo, como parte de la clasificación penal, de conformidad con el artículo 24 Ter del Código Procesal Penal, se regulan los delitos de Acción pública dependientes de instancia particular, incluyéndose dentro de esta clasificación el delito de Violación, cuando la víctima fuera mayor de edad; lo cual es claro que deja

condicionada la acción penal bajo ese supuesto etario. Ahora bien, el delito de Agresión sexual, aunque la víctima fuere mayor de edad no tiene legitimidad condicionante de instancia alguna para perseguir, en todo caso, este delito está catalogado como delito de acción pública. Por lo que, atendiendo a la ponderación de valores, lesividad a los bienes jurídicos afectados y dignidad de la persona, en un tipo penal de mayor trascendencia como el de Violación, se condiciona la instancia de la acción penal y como tal conlleva el derecho a revocarla, sin embargo, en otros delitos, como el de Agresión sexual, se ve limitada.

Si existe un agraviado directo o colateral sobre quien recayó una lesión o acción, éste por derecho a una tutela judicial efectiva, debe tener legitimidad para disponer de sus derechos y en consecuencia le asistiría la facultad para accionar penalmente o bien revocar la instancia, así como para conciliar y buscar salidas procesales acordes y beneficiosas para ambos, por lo tanto, no necesariamente el Estado debe disponer sobre sus derechos y en especial de su dignidad.

Protege bienes jurídicos: El uso del derecho penal debe responder a la tutela de un bien jurídico afectado, pues ello evitaría la criminalización por motivos morales o religiosos, o por la mera desobediencia. De mínima intervención. En concordancia con lo anterior, la política criminal es una política pública excepcional del Estado, en tanto es la más

severa reacción a ciertos fenómenos específicos. En esa medida, la política criminal no apunta a resolver problemas sociales generales ni a garantizar derechos civiles de los ciudadanos por fuera de los procedimientos e intervenciones que, en concreto, hacen parte de ella. Por el contrario, debe intervenir cuando las demás políticas o estrategias del gobierno no son efectivas. Es decir, la intervención penal es subsidiaria o de *ultima ratio*. (Romero y Lizarazo, 2017, Pág. 113)

Siendo así garante la política penal basada en un derecho penal de acto y no de autor, requiriendo ofensividad al bien jurídico para poder accionar el Estado. Constituyendo así una barrera a la arbitrariedad y abusos del poder.

La lesividad del bien jurídico tutelado por el Estado:

La lesividad es la destrucción, disminución o comprensión del bien jurídico tutelado, lo cual también es conocido doctrinariamente como la materialización de la acción, pues es el efecto que se produce sobre el bien jurídico, como consecuencia se puede decir que produce una variación o significativo detrimento. También ha sido denominada ofensividad o principio de ofensividad, pues ha sido una forma de describir el efecto que produce en el mundo real la consecuencia de una acción. En concreto, la lesión debe producir un agravio, el cual puede ser, real, personal o directo.

En ese sentido, es importante resaltar y recalcar sobre la corriente principal a tratar, que es sobre la lesividad a un bien jurídico como punto de partida para habilitar y poner en movimiento el aparato estatal, que responda y se configure en aquellos casos en que sea grave la afectación al bien jurídico tutelado.

Las distintas conductas que se consideran peligrosas socialmente, es lo que justifica la implementación de nuevas políticas de prevención, atribuyendo estereotipos y estigmas sociales de etiquetamiento criminal con efectos de represión y castigo drástico, sin que se halla afectado directamente un bien jurídico en particular, es el hecho de ponerlo en peligro lo que justifica una pena y etiqueta como delincuente a quien lo realiza.

Las consecuencias o los efectos recaen sobre el sujeto que ha realizado la conducta prohibida por la norma, que contempla juicios de reproche al poner en peligro bienes jurídicos indeterminados o incluso cuando la afectación es sobre el propio transgresor.

Como indica el jurista Ferrajoli, L. (1995)

Si por la lesividad de una conducta se entiende de manera general la “perturbación de la estructura normativa de la sociedad” o un no mucho más preciso “daño social”, es difícil que el principio de ofensividad pueda operar como un límite

a la potestad punitiva y, en particular, que pueda impedir la configuración como ofensiva de cualquier conducta que el legislador considere “inmoral” (Pág. 110)

Actualmente, haciendo un análisis, inclusive poco profundo, dentro del catálogo de tipos penales regulados en el ordenamiento jurídico, el cual, ha tomado una orientación expansiva por la frecuente promulgación de normas penales especiales y como tal, tipos penales específicos. Para tener una idea sobre estos delitos que no producen lesión o materializan un resultado, se citan para ejemplificar algunos:

El delito de Portación ilegal de armas de fuego, doctrinariamente considerado como delito de mera actividad, pues basta con que se determine que no se cuenta con la licencia respectiva para portar el arma, lo cual, pende de un acto eminentemente administrativo. Sin embargo, el punto aquí a señalar es, que se considera como bien jurídico protegido a la sociedad, pero no se delimita un grupo en concreto, por aparte, no se lesiona un bien jurídico en particular, solo la puesta en peligro constituye un castigo estatal y como tal desproporcional.

El delito de Responsabilidad de Conductores, que requiere una acción de conducir, por lo que, puede decirse de forma práctica que en este tipo penal es dable el castigo por el olvido o por falta de trámites administrativos para obtener la licencia.

De estos supuestos de hecho, se puede concluir que tampoco hay una víctima individualizada, solo se está castigando la puesta en peligro de la seguridad de tránsito, no habiendo materialización o lesión en el mundo exterior de esa conducta.

Véase, el delito de Posesión para el consumo, en sí está en juego o riesgo la salud del consumidor, pero, ¿acaso el Estado debe actuar con moralidad y determinación sobre aspectos personalísimos de las personas? Este tipo penal, no contempla una lesión como tal a un bien jurídico que el Estado deba proteger, entendiéndose que sea de una tercera persona o colectivo que se vea gravemente afectado, sin embargo, no hay tal determinación.

En estos tipos penales, como se indicó, carecen de una víctima determinada e individualizada, tales conductas reguladas como prohibidas en los supuestos de hecho, no representan más que un peligro abstracto, porque por mucho que se quiera justificar el sentido de prevención general, no se llega a una materialización y afectación real a un bien jurídico específico, por lo tanto, la anticipación del Estado no es más que una vulneración al Derecho Penal de acto, reconocido en la Constitución Política de la República de Guatemala, específicamente en el artículo 17, porque al no poder saber el pensar del sujeto y determinar su finalidad, sin haber exteriorizado una conducta que sea necesaria e idónea para producir un resultado grave y dañoso, no debería anticipársele con castigos penales.

La lesión del bien jurídico es la destrucción, disminución o compresión del bien jurídico. La puesta en peligro es la medida de probabilidad asociada a la destrucción, disminución o compresión del bien jurídico. Tanto la lesión del bien jurídico como la puesta en peligro del mismo son conceptos autónomos que nada tiene que ver con la violación del deber jurídico penal (antijuridicidad). Son el puente de enlace entre el hecho y la violación del deber jurídico penal. Algunos iuspenalistas sostienen que la lesión o la puesta en peligro, da contenido a la “antijuridicidad material”, afirmación sin sustento que introduce confusiones en el campo de la consumación y de la tentativa y en la misma antijuridicidad. La lesión del bien jurídico es elemento indispensable en el tipo de consumación, y la puesta en peligro es elemento que da sustento al tipo de tentativa. (García, 2007, Pág. 393)

De este modo, para su captación por el derecho penal, las conductas prohibidas no sólo han de encuadrar dentro de la descripción de alguno de los tipos penales previstos en la ley, sino que han de estar dotadas de conflictividad, que bien, puede traducirse en una lesión al bien jurídico.

Es claro que el principio de lesividad está estrechamente relacionado con corrientes doctrinarias como el Garantismo penal

como lo referiría Luigi Ferrajoli, también con un Abolicionismo como lo indicaría Louk Hulsman y como el maestro Eugenio Zaffaroni lo trata, como el Derecho Penal mínimo; corrientes que van buscando un enfoque distinto a las sanciones punitivas como respuesta del Estado por cualquier conducta que se considera inapropiada o desviada, en las que se aborda y propone el tema penal desde una perspectiva humanista y excepcional, considerando que el castigo y la prisión no son la solución a los problemas de criminalidad, deben buscarse mecanismos de prevención efectivos y de sanción que vallan orientados a una rehabilitación, reinserción y readaptación social del delincuente.

En resumidas cuentas, precisamente por su extrema generalidad e indeterminación, el principio de ofensividad interpretado en términos de lesividad del sistema social en general, antes que, de bienes jurídicos determinados en concreto, no es capaz de desenvolver ningún rol de limitación al arbitrio punitivo ni de garantía de las libertades individuales. En cambio, puede fundar y justificar formas anti-garantistas e iliberales de Derecho penal máximo y de maximización, caracterizadas por la intolerancia hacia el disenso, y puede operar sólo como fuente de legitimación pero no de deslegitimación del Derecho penal (Zaffaroni, 2014, Pág. 121)

El Derecho Penal con enfoque garantista

Se ha recurrido al sistema de justicia penal para buscar el equilibrio social al ser el mismo represor y castigador, ello en atención a una búsqueda del bien común, cuando el mismo tiene un origen y fin de excepcional o de *ultima ratio*.

Resulta de gran importancia, abordar el tema del Derecho Penal en su enfoque finalista, pues se entiende que el mismo busca una readaptación social, la reinserción y rehabilitación, entonces, es claro que la persona en estas políticas criminales y tendencias de un derecho penal de autor, el sujeto activo solo representa un número estadístico más, no es tratado en su dimensión de ser humano, de forma “legal” se le desarticula aparentemente justificada de cada una de sus libertades individuales y derechos fundamentales a tal punto de inutilizarlo en todos sus ámbitos, pues los efectos y consecuencias de un juicio penal, van más allá de pensar en una condena, ello le genera un estigma social, familiar, laboral y personal, pues difícilmente se reinserte a sus actividades de forma normal.

Es que la crisis de justificación de la pena y su incapacidad para demostrar la declamada reinserción social del autor, han determinado la búsqueda de estos nuevos caminos para prevenir los ilícitos penales y evitar un daño mayor (en

especial, la violencia realimentada del sistema, se ha dicho). La idea de la reparación de la víctima como alternativa a la imposición de la pena se presenta como la tercera vía del derecho penal. Se ha dicho incluso que cumple mejor los fines de la pena, pues soluciona el conflicto por reposición al estado anterior al delito, lo que satisface la conciencia jurídica colectiva, y el autor –al reparar el daño– reconoce el valor del bien jurídico que lesionó y procura su reinserción social. (Cafferata, et al, Pág. 109)

La efectividad de la justicia muchas veces se analiza desde la óptica de la resolución judicial, pero también debe verse desde un punto más práctico, por ejemplo, las conciliaciones, pues el buscar la solución al conflicto de forma pacífica con acuerdos beneficiosos para ambas partes, resulta más efectivo que una sentencia judicial, esto, atendiendo a una tutela judicial efectiva. Al final, el derecho penal no resuelve el conflicto, solo lo decide.

Línea de visión jurisprudencial:

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, ha expresado en relación con las penas en cuanto a proporcionalidad, también en relación al Derecho Penal de acto, refiere:

“Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que: “... El derecho penal conforme a todos los

instrumentos de derechos humanos rechaza frontalmente el llamado ‘derecho penal de autor’, que considera a la conducta típica sólo como un signo o síntoma que permite detectar a una personalidad o carácter, ampliándose incluso a actos atípicos, siempre que se considere que cumplen la misma función de señalación subjetiva...”. En el caso de Guatemala, (...) al establecer que el *ius puniendi* del Estado sanciona las “acciones u omisiones”, y que se cuenta con un sistema penitenciario cuyo propósito es la readaptación social y reeducación de los reos, garantizan un derecho penal de acto. *Contrario sensu*, el Estado no sanciona al reo por sus características personales o por las calidades morales que le estigmaticen. Como consecuencia, se reitera que, los jueces, para establecer la graduación del *quantum* de la pena, no tienen la potestad de utilizar criterios subjetivos y rezagos característicos del derecho penal de autor.” (Sentencia Corte de Constitucionalidad de fecha dieciséis de marzo de dos mil veintitrés, dentro de los expedientes acumulados 3546-2021 Y 4972-2021)

Esta sentencia, abre la puerta a la integración práctica en un proceso penal sobre el Derecho Penal que nos ocupa, en efecto, un derecho penal de acto, por lo tanto, habiendo un reconocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y avalada por el máximo Tribunal Constitucional nacional, deviene entonces la necesidad de cuestionar la aplicación normativa a cada caso en concreto, buscando la aplicación que más favorezca al procesado.

No debe verse como un obstáculo la disposición legal de rango ordinario, para ello es importante invocar la aplicación Constitucional y Convencional, que, si bien está delegada con exclusividad a los órganos competentes especializados, ello no limita una aplicación del control difuso, el cual es imperativo y de observancia obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales independientemente su jerarquía. Así lo expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“La Corte Interamericana se ha pronunciado en reiteradas sentencias internacionales, que los Estados parte, están obligados a velar y garantizar los derechos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos y sus sentencias son de observancia y aplicación obligatoria, esto por vía del control de Convencionalidad, el cual de forma concentrada lo ejerce con exclusividad dicha Corte, sin embargo, reconoce que cualquier órgano jurisdiccional independientemente su categoría, tiene la obligación de aplicar el control convencional difuso por encima de cualquier norma de carácter ordinario que limite o contravenga un derecho humano.” (*Corte IDH. Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones, costas; 2006*)

Procesalmente no requiere mayor formalismo para buscar y obtener una resolución basada en Derechos Humanos y derechos fundamentales como también principios y valores reconocidos

Constitucionalmente, pues la inaplicación de una norma legal de carácter ordinario que contravenga, restrinja o limite una disposición garantista en favor del procesado –*principio pro persona*–, puede ser inaplicada sin necesidad de plantear formalmente una inconstitucionalidad en caso concreto.

Lo importante es conocer los estándares internacionales de Derechos Humanos, así como una correcta ponderación de los principios Constitucionales, derechos fundamentales y valores, que aunque no figuren de forma explícita, pero se encuentren inmersos implícitamente en una norma legal, Convenio o Tratado Internacional, puede entonces, solicitarse la ponderación sobre normas ordinarias que limiten derechos o garantías judiciales, con el fin de obtener la tutela de los derechos de las personas implicadas en un proceso penal.

Visión pragmática:

Ante barreras legales que regulen disposiciones que contravengan un derecho penal de acto y que castiguen conductas sin lesividad a bienes jurídicos determinados, o bien limiten la libertad de las personas, entre muchos supuestos que pueden verse en la práctica, debe tenerse presente que, siempre que una disposición legal disminuya derechos y garantías del procesado, puede hacerse una invocación de carácter Convencional o Constitucional, para buscar la expulsión de la norma sustantiva que perjudique, en concreto su inaplicación vía control difuso.

Esto se puede lograr, obteniendo una interpretación extensiva *favor rei* y *pro persona*, operando en distintos escenarios procesales. Por ejemplo, para solicitar una medida sustitutiva en favor de una persona ligada a proceso penal por el delito de Posesión para el consumo, bajo el argumento que, si bien hay prohibición expresa en la norma penal sustantiva especial para otorgar medidas sustitutivas, al hacer una interpretación Convencional y Constitucional, cuestionando la falta de lesividad y ofensividad al bien jurídico, así como la presunción de inocencia, puede obtenerse una medida sustitutiva.

En los delitos de Violación, conocidas como violaciones equiparadas o impropias, al ser consentida la relación sexual, pero por ser la víctima menor de catorce años, se considera que legalmente que no tiene libertad para disponer de su indemnidad sexual, por lo tanto, ante una interpretación estrictamente legalista habría tipicidad y antijurídica. Sin embargo, materialmente no se considera que haya una lesividad al bien jurídico tutelado como tal, o bien, que se cuente con los elementos necesarios para establecer un error de prohibición culturalmente condicionado, por lo que, en una interpretación favorable y extensiva *-in bonam partem-*, podría lograrse la inaplicación de la norma sustantiva ordinaria, pudiéndose lograr una resolución favorable, dependiendo de la etapa procesal.

En el caso de los delitos de Portación ilegal de armas de fuego, también la falta de lesividad o materialización de un bien jurídico tutelado determinado, puede abrir la puerta a considerar una mínima intervención del procesado, como presupuesto para la aplicación de un Criterio de Oportunidad, como medida desjudicializadora.

Estos son algunos ejemplos, no obstante, en la práctica, son múltiples los casos que requieren un enfoque especial, por lo que siempre debe buscarse cualquier interpretación y aplicación que le favorezca al procesado.

Referencias Bibliográficas

- Bustos Ramírez, J. (1994). *Introducción al derecho penal*. Santa fe Bogotá, Colombia: Editorial Temis. S.A.
- Cafferata Nores, J., Montero, J., Vélez, V., Ferrer, C., Novillo, C., Balcarce F., Hairabedián, M., Frascaroli, M., y Arocena, G. (s.f). *Manual de derecho procesal penal*. Argentina: Editorial ADVOCATUS.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*. Madrid, España: Editorial Trota.
- García Ramírez, S. y De González Mariscal, O. (2007). *Panorama internacional sobre la justicia penal*. Primera Edición, México: UNAM.
- Morales Prats, F. (2015). *La utopía garantista del derecho penal en la nueva “edad media”*. España: Editorial Ediciones Gráficas Rey, S.L.
- Romero, S., Lizarazo, V. y Camacho, P. (2017) *Crimen y política pública criminal*. Bogotá, D.C.
- Zaffaroni, E. (2012). *La cuestión criminal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Planeta.

- Zaffaroni, E. (2014) *Revista de derecho penal y criminología*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Thomson Reuters LA LEY.

Legislación

- Constitución Política de la República de Guatemala [Const]. 14 de enero de 1986. Asamblea Nacional Constituyente (Guatemala)
- Código Penal Guatemalteco [CP]. Decreto 17-73. 1974. Congreso de la República de Guatemala (Guatemala).
- Ley contra la Narcoactividad [LCN]. Decreto 48-92. 1992. Congreso de la República de Guatemala. (Guatemala)
- Ley de Armas y Municiones [LAM]. Decreto 15-2009. 2009. Congreso de la República de Guatemala. (Guatemala)

Jurisprudencia

- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expedientes acumulados 3546-2021 y 4972-2021 de fecha 16 de marzo de 2023.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones, costas; 2006.

La estrategia del defensor público en el procedimiento penal militar del delito de deserción

Lic. José Raúl Rodríguez Noriega

Los ejércitos son tan antiguos como la misma sociedad, cuya finalidad es proteger a sus habitantes cultural y territorialmente, en el caso del Ejército de Guatemala básicamente data desde la conquista de Guatemala, con base al surgimiento del ejército que fue necesario normar mediante un código todas las actuaciones, procedimientos y delitos cometidos por el personal militar, de esa cuenta se analizará el procedimiento penal militar con relación al delito de deserción.

El fundamento constitucional se encuentra contenido en el artículo 250 el cual regula que el Ejército de Guatemala se rige por lo preceptuado en la Constitución, su ley constitutiva y demás leyes y reglamentos militares.

El código Militar se encuentra contenido en el decreto número 214, publicado el primero de agosto de mil ochocientos setenta y ocho por el presidente Justo Rufino Barrios.

Proceso militar o procedimiento militar

El artículo primero establece que son delitos o faltas militares, las acciones y omisiones que se oponen a los fines del ejército o a su moral o disciplina, y se hallan penados por la ley, así mismo en el artículo segundo los delitos militares y las faltas se diferencian, no solo en proporción del mal que uno y otros producen, sino en que además tienen penas y procedimiento diferentes.

De esta cuenta se observa que la propia ley militar establece que es un procedimiento diferente al proceso penal común regulado en las normas sustantiva y adjetiva, el Código Penal y su correspondiente Código Procesal Penal, nos encontramos ante un procedimiento, según Erick Alfonso Álvarez Mancilla en su obra Introducción al estudio de la teoría general del proceso, deferencia entre proceso y procedimiento “Proceso y procedimiento. Diferencias. Normalmente se confunden los términos proceso y procedimiento, utilizándose indistintamente, cuando en realidad si bien se complementan tienen una significación distinta. Así, el proceso es el método establecido por la ley para administrar justicia, integrado por las etapas que hemos visto. Y procedimiento hace referencia a la forma; al conjunto de formalidades a que deben someterse el juez, las partes y los que intervengan en el proceso, señaladas por la ley procesal, que deben cumplirse dentro de él para que llegue a su fin.

De esa cuenta, todo proceso tiene un procedimiento, pero no todo procedimiento es un proceso.

Para concluir es importante recalcar que el proceso, a nuestro modo de ver, es por así decirlo el marco que contiene los parámetros dentro de los cuales el Estado debe regular la forma de cumplir con su función jurisdiccional, conforme a los principios del proceso que hemos visto. Y el procedimiento, es decir la forma

que se va a seguir para administrar justicia, puede por política legislativa adecuarse de una u otra forma (oral escrito, mixto, entre otros), siempre y cuando se den la totalidad de las fases a que nos hemos referido (afirmación, negación, prueba, alegación, sentencia, impugnación y ejecución), pues de lo contrario no hay proceso.”¹, de tal manera que queda claro que es un procedimiento penal militar.

El delito penal Militar

El delito militar “es la comisión u omisión de actos penados por la Ley castrense, así mismo, es todo aquel que aparece penado en el Código de justicia militar, o en alguna ley complementaria y que no constituye falta de disciplina. Aun dado su carácter transitorio, suelen incluirse entre los delitos militares los penados en los bandos que declaran el estado de sitio o de guerra y en los dictados por las tropas de ocupación”.²

Estructura del Código Militar:

El Código Militar, está dividido en dos partes contenidos los siguientes títulos:

En la primera parte del código militar se encuentra contenido el título I: de los delitos y faltas y de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, la atenúan o agravan, el cual desarrolla cinco capítulos.

1 Álvarez Mancilla, Erick Alfonso. Pág. 165

2 Cabanellas, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 136

El título II; de los delitos sujetos especialmente a la jurisdicción militar y de sus fines, en este se desarrolla dos capítulos y dos secciones y once capítulos.

El título III; De las faltas contra la disciplina, de sus penas, de la autoridad que debe aplicarlas y de los recursos contra las providencias que aquella dicte, este desarrolla dos capítulos y dos secciones.

El Título IV; disposiciones generales.

La segunda parte, el título I; de las jurisdicciones militares, de las personas que están sujetas a ella de las prerrogativas anexas al fuero de guerra; de los casos en que éste se pierde y en que la jurisdicción militar se ejerce sobre personas que no lo gozan, se desarrollan cinco capítulos y dos secciones.

El Título II; de los jueces competentes para conocer en los juicios verbales civiles, de las precauciones en los juicios verbales y de la sustanciación de los mismos, desarrolla tres capítulos.

El Título III; Reglas generales sobre el juicio criminal, del cuerpo del delito y manera de comprobarlo, de las pruebas de la manutención de los procesados y de los que cumplen condenas, y de las maneras de sustanciarse el juicio, bien sea escrito o verbal. Desarrolla cinco capítulos.

El Título IV; de los tramites especiales de los procesos que deban seguirse en la campaña, en plazas o lugares sitiados o por los delitos de traición, sedición, rebelión, tumulto o conspiración contra el orden público, robo y asalto en despoblado o en la población formándose cuadrilla.

Título V; de los consejos de guerra ordinarios de los oficiales generales y de la regla especial relativa a los que se forman en campaña o en plazas sitiadas, desarrolla cuatro capítulos.

Título VI; de los jefes de zonas militares, y de sus atribuciones de los auditores de guerra y de los secretarios. Desarrolla tres capítulos.

El Título VII, de las sentencias y de sus ejecuciones, desarrolla tres capítulos.

El Título VIII; de las últimas instancias, desarrolla dos capítulos.

El Título IX; de los recursos de casación.

El Título X; de la formalidad judicial y de las notificaciones, de los suplicatorios, exhortos, despachos, oficios y cartas ordenes. Desarrolla, dos capítulos.

El título XI, de los incidentes comunes en juicio criminal; desarrolla cuatro capítulos.

El título XII, del testamento militar.

Título XIII; disposiciones generales.

Título XIV; disposiciones transitorias.

De lo anterior en la primera parte del Capítulo VIII, de la deserción, de las circunstancias que eximen de responsabilidad, la atenúan o agravan, de las penas y de las deserciones de oficiales, que es el capítulo, que es de interés por ser los delitos más comunes en la Cuarta Brigada de Infantería Justo Rufino Barrios ubicada en el Municipio de Cuyotenango del departamento de Suchitepéquez.

En la capítulo IX De los actos de violencia y pillaje y en el capítulo X los hurtos y robos y finalmente el capítulo XI, de la mala administración de los caudales del ejército, y de los víveres y forrajes, en adelante en el título III, se encuentran las faltas contenidas en el Código Militar que serán de análisis para un futuro artículo.

El delito de deserción contempla que todo individuo de la clase de tropa, que, perteneciendo a los cuerpos del ejército de la República, abandonare sus banderas, es desertor, (artículo 139 Código Militar).

La deserción se tendrá por consumada:

- 1- Cuando el individuo de tropa haya faltado consecutivamente a dos listas de retreta (al atardecer, el toque del clarinete marca el final del día laboral), en tiempo de paz.
- 2- Cuando sin faltar a las referidas dos listas, sea preso a cuatro o más leguas de distancia, del punto en que se hallaba de servicio.
- 3- Cuando se excediere, por más de ocho días, en el goce de una licencia temporal.

En la sección 3^a. De las penas de la deserción, establece que la simple deserción se castigará con la pena de seis meses a un año de prisión; y si el desertor fuera cabo o sargento, será previamente destituido.

Así mismo el delito de deserción en la sección 2^a. Del Código Militar, contempla circunstancias que eximen de responsabilidad, circunstancias atenuantes y agravantes en los artículos 145, 146 y 147 del Código Militar.

En el presente caso el delito de deserción del ejército de Guatemala en tiempos de paz, es el que se analizará, en virtud que en diciembre de mil novecientos noventa y seis se firmó la paz y actualmente el Estado de Guatemala no se encuentra en guerra con ningún país, ya que también el Código Militar recoge la figura jurídica de deserción en tiempos de guerra.

Elementos del tipo penal de Deserción regulado en el artículo 139 Del Código Militar:

Verbo Rector: Abandonar, faltar, exceder.

Sujeto Activo: Individuo de clase de Tropa que pertenezca a los cuerpos del ejército de Guatemala (se entiende por individuo toda persona individual y/o en su sentido más general es una persona que se ha alistado voluntariamente al servicio militar). El artículo 6 del decreto número 72-90 Ley Constitutiva del ejército de Guatemala, del Congreso de la República, regula que son integrantes del Ejército de Guatemala, los oficiales Generales, oficiales superiores, oficiales subalternos, caballeros cadetes, Caballeros alumnos de los centros de educación e instrucción militar, especialistas, elementos de Tropa y demás personal que pertenezca a la fuerza permanente. En la escala jerárquica y especializada de los grados militares encontramos que el artículo 41 del Decreto 72-90 Ley Constitutiva del Ejército de Guatemala, las fuerzas de tierra y aire encontramos que tropa puede ser un soldado, soldado de primera, cabo, sargento segundo, sargento primero y sargento mayor.

Sujeto Pasivo: El Ejército de Guatemala.

Bien Jurídico Tutelado: El servicio, la seguridad, la disciplina y orden de la institución militar.

Elemento Interno: Voluntad de abandonar sus deberes y obligaciones militares sin la debida autorización.

Elemento Material: Abandonar banderas, faltar consecutivamente a dos listas de retreta en tiempos de paz, ser detenido a más de cuatro leguas del lugar de servicio y excederse por más de ocho días en el goce de una licencia temporal.

Conducta: Este es un delito de función porque se requiere incumplir con las obligaciones que tienen el cargo o puesto ejercido en el ejército.

Por su duración: Instantáneo

Forma de persecución y acción: Los militares pueden cometer delitos tanto comunes como delitos de función, en el caso de la deserción por ser un delito de función regulado en el Código Militar la acción la ejerce el fuero especial militar.

Entendiéndose el delito de deserción como la acción de retirarse, abandonar las filas del ejército de Guatemala, sin ninguna causa que justifique su incomparecencia, al sonar las dos listas de retreta, se da por consumado el delito de deserción, de tal manera que se da inicio al procedimiento penal militar.

La Jurisdicción Militar:

La facultad de conocer y tener competencia la otorga el artículo 12 de la Constitución Política de la República, mediante un análisis al derecho de defensa que el defensor público debe realizar, en virtud que dicho artículo en el segundo párrafo que ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimiento que no estén preestablecido legalmente, de tal manera que el artículo 205 de la Constitución Política de la República de Guatemala, preceptúa que el Ejército de Guatemala se rige por lo preceptuado en la Constitución, su ley Constitutiva y demás leyes y reglamentos militares, de tal manera que legalmente el ejército de Guatemala tiene su propia jurisdicción, su propia competencia y sus propios tribunales militares para juzgar los delitos contenidos en el decreto 2014 Código Militar.

“La facultad de los órganos jurisdiccionales de administrar justicia del orden militar, es conocida como jurisdicción militar, y se encarga de diligenciar los procesos sometidos a su conocimiento, por la comisión de uno o varios delitos y faltas, contemplados en el Código Militar y de conformidad con la ley. En la antigüedad, los *“tribuna militum y centuriones”* tuvieron la potestad de mando, de corrección disciplinaria y de hacer ejecutar lo juzgado. En tiempo de paz la jurisdicción militar estaba exclusivamente regulada por la ley; pero en tiempo de guerra se le concedía al Jefe de las Legiones el *“summun jus”* que le permitía dictar decretos para suplir las insuficiencias de la ley. La jurisdicción militar se delimitó

por “*rationae personae*” y por “*rationes materiae*”, dándose a la *castrensis jurisdictio* gran amplitud”. La Jurisdicción Militar se encuentra regulada en el artículo 3 del Código Militar, Segunda Parte, Decreto número 214 de la Secretaría de la Guerra; el mismo establece lo siguiente: “Artículo 3. La jurisdicción militar reside: En primera Instancia: 1°. En los Jefes de las zonas militares; 2°. En los Consejos de Guerra; 3°. En los Comandantes de Batallón; 4°. Los Comandantes de puerto, jefes de batallón sus similares, jefes de armas y servicios, podrán instruir primeras diligencias en casos de delitos, cometidos en forma individual por el personal del Ejército en servicio activo y cuando los hechos punibles sean puramente militares, dando cuenta de ellos al tribunal respectivo, dentro del término de ley, siempre que operen fuera de la base de zona; 5°. En los 10 comandantes de plaza; 6°. En el Director de la Escuela Politécnica, en el de la Escuela de Música Marcial, y en el de la Escuela de Sustritos”. Para ejercer esa función son creados los Tribunales Militares, encargados de conocer de los delitos o faltas cometidos por miembros del Ejército de Guatemala, es decir a ellos les corresponde ejercer la función de jurisdicción militar en el país; estableciendo, además, que ningún civil, refiriéndose a las personas que están fuera del ámbito militar, podrá ser juzgado por ellos. Siendo su fundamento legal el artículo 219 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Los tribunales militares, forman parte del Organismo Judicial y se rigen por los mismos principios que el resto de tribunales de la República³.

3 Mirna Alcira Melgar Cabrera. Equiparación del proceso penal militar al proceso penal común, de acuerdo al principio de igualdad. Pág. 9.

Procedimiento Penal Militar. (Procedimiento “criminal” lo denomina el Código Militar)

El procedimiento penal Militar, tiene varias etapas, pasa de lo administrativo interno del ejército de Guatemala, a lo judicial, en virtud de la orden de aprehensión que se gira a las autoridades de la Policía Nacional Civil, y puesto a disposición del juzgado de paz par hacerle saber el motivo de su detención y en el mismo acto inhibirse el juzgado de paz por no tener competencia y lo traslada al Tribunal Militar que inicia con las primera diligencia de tal manera que se explica el procedimiento penal militar de la siguiente manera:

La fase administrativa:

Esta etapa inicia cuando el individuo de tropa que no desea continuar en las filas del ejército no realiza los trámites administrativos correspondientes, es decir, no presenta su solicitud (de retiro) en los primeros cinco días del mes para efecto de que reciban su estipendio (no es un salario es un ayuda por prestar sus servicios a la nación) completo, esta solicitud se eleva a la autoridad superior y se le da de baja.

Al no dar aviso a la autoridad y como ya se analizó, al no estar presente en dos listas de retreta se consuma el delito de deserción, por lo que se dará aviso el comandante de pelotón y/o capitán quien elabora el parte (en el proceso común esto se conoce como

la prevención policial), acompañado de dos testigos que pueden ser el comandante de compañía o en su defecto un sargento y un cabo que pertenezca a la misma compañía, se adjunta copia del Documento personal de identificación (DPI). Y la tarjeta de filiación (donde consta que está activo y que estuvo de alta en el ejército), se adjunta el pase de licencia (el permiso).

Teniendo todos los documentos estos se envían al departamento de personal, que analiza los documentos y certifica al Tribunal Militar por la posible comisión del delito de Deserción para que inicie el trámite judicial.

Recibiendo el Tribunal el parte de deserción inician las diligencias como órgano inquisitivo (juez y fiscal) y lo traslada a la fiscalía Militar.

La fiscalía inicia la investigación y ratifica el parte, es decir, investiga que el hecho efectivamente sea verídico verificando que los documentos adjuntos sean verídicos y los retorna al Tribunal Militar para girar la orden de aprehensión. De conformidad con el artículo 110 segunda parte del Código Militar esta orden la firma el presidente del Tribunal Militar y en su defecto el Auditor de Guerra que tiene los mismos requisitos para ser juez de primera instancia (Artículo 402 Código Militar).

Firmada la orden de aprehensión la misma se remite al Director de la Policía Nacional Civil. Tal como lo regula el artículo 161 del Código Militar que establece que todas las autoridades, así civiles como militares, están estrictamente obligadas a perseguir y capturar a los desertores, y a ponerlos a disposición del Jefe o Comandante que corresponda.

Una vez aprehendido el soldado de tropa, este es puesto a disposición del Juzgado de Paz de la localidad, para hacerle saber los motivos de su detención y en la misma inhibirse de seguir conociendo por no tener competencia y pone al detenido a disposición del Tribunal Militar que lo ha requerido, de tal manera que el defensor público en esta etapa debe observar que no se haya violentado el horario Constitucional de ser puesto a disposición en seis días, que sea informado en su idioma materno en el caso de no hablar español, a efecto de respetar los derechos fundamentales, en el supuesto que no se deberá plantear inmediatamente la exhibición personal contenida en el artículo 82 de la Ley Amparo, exhibición personal y Constitucionalidad, ha efecto de obtener la libertad inmediata de nuestro patrocinado.

Una vez puesto a disposición del Tribunal Militar este señala día y hora para la celebración de la audiencia Indagatoria.

Se deduce entonces que, la etapa administrativa donde se establece: a) la ausencia del soldado, b) el aviso del comandante

del pelotón, c) los dos testigos, d) tarjeta de filiación, y, e) el envío al departamento de personal y certificación del mismo al Tribunal Militar y la orden de aprehensión, forma parte de la investigación previa, que realiza el fiscal para enfrentar la primera declaración (fase sumaria), que es lo que se conoce como la preliminar que el Ministerio Público realiza en el proceso penal común.

La fase sumaria:

El procedimiento penal militar se inicia con la denominada fase sumaria (o secreta), que consiste en las acciones para determinar si existen razones válidas para juzgar y proceder en contra del individuo que haya cometido el ilícito penal militar. (Artículo 102 Código Militar).

Se conoce como sumaria o parte informativa, a las diligencias que se instruyan de oficio, o por simple denuncia o por acusación, con el objeto de comprobar el cuerpo del delito, descubrir al delincuente y poner el juicio en estado de tomar confesión con cargos. (Artículo 105 segunda parte Código Militar).

La sumaria será reservada, pero una vez concluida, todo lo demás que se practique será público, salvo que se trate de aquella causa en que la decencia exija la misma reserva.

Teniéndose la investigación preliminar el fiscal Militar que es la persona encargada de citar a la audiencia indagatoria, según lo

establece el artículo 141 del Código Militar, ya que dentro de sus funciones están encomendados los delitos o faltas del personal del ejército, en servicio activo y en asuntos exclusivamente militares, y habiéndose ordenado la captura de un individuo de tropa y habiéndose establecido lo contenido en el artículo 109 del Código Militar establece “ninguno puede ser detenido, sino en virtud de orden escrita de autoridad competente para darla, para librar la orden, basta que conste al Juez, por queja, acusación u otro motivo que se ha cometido un delito, y él tenga fundamento para presumir quien es el delincuente”.

El Fiscal Militar, previo a la audiencia dirigirá los oficios al Instituto de la Defensa Pública Penal, para cumplir con lo establecido en el artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, para que ejerza su defensa técnica, en el caso de contar con los servicios de un abogado privado, así mismo dirigirá los oficios para el traslado del desertor al director del centro preventivo (los desertores se encuentran privados de su libertad en los centros carcelarios comunes esto de conformidad con el artículo 130 del Código Militar que regula que las personas aprehendidas por la autoridad pública, no podrán ser llevadas a otros lugares de detención prisión o arresto que los destinados legalmente para el efecto.) para el correspondiente traslado a las oficinas que ocupa la fiscalía militar.

Llegado el día y la hora de la audiencia de indagatoria (primera declaración), el fiscal que también es juez y dirige la audiencia (sistema inquisitivo), de la siguiente manera:

- 1) El fiscal indica los pormenores de la audiencia, (que se encuentra en la zona militar para celebrarse la audiencia indagatoria en contra de la persona desertora, le toma sus generales, lugar para recibir notificaciones etc.
- 2) Se verifica la presencia de los sujetos parte, le discierne el cargo al abogado defensor (le discierne el cargo al abogado defensor con sus generales).
- 3) Notifica el discernimiento en la misma audiencia. (cabe mencionar que el procedimiento es escrito y oral).
- 4) Posteriormente el fiscal le imputa el hecho con base en el parte de deserción (prevención policial), con los testigos, tarjeta de filiación, le hace saber concretamente el hecho con circunstancias de lugar modo y tiempo.
- 5) El fiscal le realiza un interrogatorio al soldado de tropa sindicado de deserción. (ejemplo: diga si el día XX, usted causó alta en el ejército de Guatemala (que estaba activo), diga si usted pertenecía al pelotón águila negra, diga si el día XX, se encontraba de franco (de licencia los 8 días de descanso que

les dan). Diga si el Ejército de Guatemala le explicó las leyes militares y especialmente el delito de desertión, etc.

- 6) Posteriormente se le otorga la palabra al abogado defensor público, para que argumente sobre su teoría del caso, (la defensa debe verificar que se hayan agotado y obtenido todos los pasos administrativos, se dice la preliminar militar y también si existen causas para demostrar que la desertión no se dio de manera dolosa, por ejemplo, que el soldado de tropa haya tenido un fuerte accidente y estuvo hospitalizado, haya perdido la conciencia por varios días, o alguna causa de fuerza mayor que pueda justificar su incomparecencia a las filas del ejército el día que tenían que retornar para continuar con su servicio, debidamente demostrable con documentos que acrediten dichos extremos de tal manera que puede solicitarse una falta de mérito, también puede verificarse si el delito no ha prescrito como lo establece el artículo 211 del Código Militar que supletoriamente nos remite al artículo 107 del Código Penal, es decir, por el transcurso del doble del tiempo de la pena máxima señalada para el delito, en este caso por el transcurso de dos años prescribe el delito.

Ahora bien de ligarse a proceso por el delito de desertión, es importante advertir que el Código Militar no establece tácitamente medidas de coerción, es decir medidas sustitutivas, por lo que no es factible solicitar, además de ello por una

razón, la fiscalía militar dicta el auto de prisión provisional a los cinco días, entonces a los cinco días de haberse dictado el auto de prisión provisional se puede solicitar la fianza de haz, es el prometimiento solemne que una persona capaz de obligarse hace de la seguridad del reo, sujetándose bajo las penas respectivas a presentarlo en juicio, siempre que se lo mande la autoridad competente y la caución promisorio es el prometimiento que hace el propio reo, ligándose con protesta y responsabilidad de sus bienes, para presentarse al juez en la cárcel el día y hora que se ordene. Artículo 536 y 537 segunda parte del Código Militar.

- 7) El fiscal en un plazo de cinco días para dictar el auto de prisión provisional. (ligarlo al procedimiento).
- 8) Se notifica en un plazo de 3 días.
- 9) Y en 15 días el fiscal dicta clausurado el sumarial.

De tal manera que se pasó a la fase plenaria.

Fase Plenaria:

La fase plenaria se considera en todo aquello que se actúa desde que se ha recibido la confesión con cargos al reo, (Artículo 106 del Código Militar), de tal manera que los juicios escritos el fiscal o juez de instrucción deberá elevar a plenario la causa dentro del término de 15 días, (Artículo 291 Código Militar).

En esta etapa la fiscalía eleva al Tribunal Militar y este lo eleva a plenario y se tomará confesión con cargos al reo, de la siguiente manera:

- 1) Elevado al Tribunal Militar, se eleva a plenario y se notifica a las partes y se devuelve a la fiscalía militar para que la fiscalía elabore la confesión con cargo.
(Es una resolución donde se plasma el hecho concreto, si hay agravante o no), en esa confesión con cargos se establecen cláusulas:
 - a) Se le pone a la vista que fue leída en resumen al sindicado.
 - b) Se hace un estudio del caso y se concluye que cometió el delito.
 - c) Ellos van a prisión.
 - d) Cierre del acta.

- 2) Fiscalía hace el pedimento en el término de 3 días y se realiza una resolución donde con las generales del fiscal como ente investigador, pidiendo en autos que está demostrado que se cometió el delito de deserción. (Básicamente es una acusación, con los elementos de prueba, donde libremente confesó el delito), determinando que se emitió un fallo de condena.

- 3) La fiscalía solicita que oportunamente el tribunal dicte la sentencia condenatoria interponiendo la pena que corresponda.
Artículo 149 primera parte sección 3ª. Código Militar.

- 4) Se eleva al Tribunal quien notifica que recibió el pedimento de la Fiscalía Militar, quien en el mismo acto la devuelve a la Fiscalía Militar y otorga el plazo de 6 días.

El defensor público en esta etapa del proceso debe elaborar un memorial adjuntando carencia de antecedentes penales, en el cual hace valer el derecho de defensa invocando lo relativo a las penas, es decir que el delito de deserción tiene una pena de seis meses a un año de prisión, haciendo un análisis In bonan Partem, y supletoriamente del artículo 65 del Código Penal, en el sentido del mínimo y el máximo, solicitando la pena mínima de seis meses al Tribunal Militar y en el mismo memorial se debe solicitar el perdón judicial, contenido en el artículo 83 del Código Penal.

- 5) Recibido el memorial por parte del Tribunal Militar se ponen los autos a la vista para resolver y dictar la sentencia.
- 6) En el plazo de 3 días se dicta la sentencia condenatoria. (mediante el memorial presentado por abogado defensor público, ese mismo día sale de prisión, la orden de aprehensión sigue vigente, se le otorga una constancia para justificar si lo devuelve para la Policía Nacional Civil).
- 7) 3 días para presentar recurso de Apelación (ante la sala de apelaciones que corresponda). Se presenta apelación o no se

eleva el expediente en consulta a la Sala de Apelaciones que corresponda.

- 8) La Sala de Apelaciones se constituye como Tribunal Extraordinario, es decir como Corte Marcial. (Integrado por los 3 magistrados y 2 vocales militares). (Artículo 471 Código Militar).
- 9) La Corte Marcial señala fecha para conocer las actuaciones confirmando o revocando la sentencia.

De tal manera que el procedimiento penal militar ha dejado varias experiencias como defensor público, en virtud que desde la audiencia indagatoria se ha logrado obtener la falta de merito de los soldados de tropa por haber transcurrido el tiempo. Para solicitar la prescripción del delito y obteniendo la inmediata libertad nuestros usuarios, así mismo por políticas internas del Ejército de Guatemala, en una época tuvieron la orden de no otorgar el perdón judicial, condenando a un usuario a la pena de un año de prisión, por lo que se presentó apelación especial ante la Sala Regional Mixta de Retalhuleu, logrando obtener resultado favorable ordenando el perdón judicial hecho que obligó al ejército de Guatemala a otorgar en adelante nuevamente el perdón judicial.

En conclusión el procedimiento penal militar es norma vigente positiva, aunque su regulación data desde el presidente Justo

Rufino Barrios, es poco conocido porque su trámite se realiza únicamente en el Tribunal Militar central con sede en Guatemala, Zacapa, Peten y Suchitepéquez, pero es importante que el defensor público conozca el procedimiento e incidencias para poder ejercer la defensa técnica de los elementos de tropa que cometan el delito de deserción, para cumplir con lo establecido en el artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Referencias Bibliográficas

- Melgar Cabrera, Mirna Alcira, equiparación del proceso penal militar al proceso común, de acuerdo al principio de igualdad. Universidad Mariano Gálvez 2014.
- Álvarez Mancilla. Erick Alfonso, Introducción al Estudio de la Teoría General del Proceso. Guatemala. Centro Editorial Vile.
- Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo III. Bueno Aires, Argentina. Editorial Heliasta. 2001.
- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Código Militar.
- Código Procesal Penal.

La presunción de inocencia, parámetro para valorar la prueba

Licda. Ruth Evelyn Jeanneth Boror Chaicoj

La valoración de la prueba en el proceso penal actual es un aspecto fundamental para el correcto juzgamiento de las conductas que imputa la fiscalía, ya que la prueba determina que la decisión que se tome será más justa y apegada a la verdad histórica de los hechos, fundamentalmente por las pruebas que se diligencien en el proceso penal.

Tal como se expresa en este artículo, la valoración de la prueba se realiza dentro del marco de la sana crítica razonada, que tiene sus cimientos en tres grandes áreas: la lógica, la psicología y la experiencia, sin embargo, también resulta procedente, como se explicará más adelante, conjugar varios parámetros que no se circunscriben únicamente a los tres campos de acción mencionados.

La sana crítica razonada es parte integrante de lo que hoy se conoce como derecho penal democrático, considerando que este sistema de valoración de la prueba se basa en las tres reglas arriba mencionadas.

La lógica se refiere a todas aquellas operaciones realizadas bajo raciocinio mental de los juzgadores en los que se concluyen ideas ordenadas y concatenadas para resolver las dudas que se le hayan puesto en cuestionamiento en determinado litigio; la psicología, por su parte, son las apreciaciones que obtienen los juzgadores

directamente del diligenciamiento de la prueba; y la experiencia se puede definir como los conocimientos que tienen los jueces de los aspectos culturales comunes del territorio en donde residen o ejercen la profesión.

Por lo que se sobreentiende que la sana crítica razonada es una institución moderna que se acopla a los estándares de la humanización del derecho penal y debe ser respetada, no solo por quienes la ejecutan, (los juzgadores) sino por los sujetos procesales e incluso por los legisladores, en referencia a que no puede ser modificada para desproteger las garantías fundamentales que resguarda y reconoce la Constitución Política de la República de Guatemala y la multiplicidad de pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para salvaguardar los derechos inherentes a todas las personas.

De esta cuenta, la presunción de inocencia, dentro de la esfera de la valoración de la prueba, concretamente en la sana crítica razonada, se impone como un elemento adicional que deben considerar los juzgadores, además de la lógica, la psicología y la experiencia, en el sentido que, como regla de valoración de la prueba se debe utilizar para proteger que no se condene a una persona ante dudas razonables que surjan del diligenciamiento de la prueba de cargo y descargo.

Es así que, lo que se pretende con la utilización de la presunción de inocencia como regla de valoración de la prueba, es evitar que se condene injustamente a personas procesadas, derivado que, a pesar de existir medios de prueba de cargo aportados por la fiscalía, estos no aclaren al cien por ciento la tesis que sostiene el ente acusador, sin embargo, a pesar de la relevancia de la presunción de inocencia, en la actualidad todavía se observa con desidia al relacionarla con las reglas de valoración de la prueba, por otro lado, es un tema de poca profundización en el derecho penal y probablemente de ahí devenga el desinterés y poco conocimiento hacia esta temática, pero con el desarrollo de su estudio se evidenciará que es muy oportuno asociarlas para contribuir a la evolución de un derecho penal garantista.

Actualmente en países como Guatemala no se tiene aceptación desde el punto de vista legislativo ni práctico, por lo que el objetivo del presente artículo es impulsar su estudio para que el mismo se aplique en los casos complejos en donde surjan dudas razonables, aunque este no se encuentre legislado, no obstante, al hacer un análisis extensivo favorable a los sindicados se pueda reconocer a la presunción de inocencia como parte de las reglas de valoración de la prueba en el proceso penal.

Dentro de los casos complejos se puede hacer alusión a un debate oral y público que se llevó a cabo en el Tribunal de Sentencia de Mixco, con la causa número 2036-2021-00720, en donde

se juzgó a la persona sindicada por el delito de robo agravado, hechos en los cuales una persona de sexo masculino portando una navaja con empuñadura de color negro, le interceptó el paso a la agraviada y con uso de violencia la empujó hacia la pared y le colocó la navaja en el estómago, despojándola de un billete de diez quetzales, posteriormente se dio a la fuga y fue interceptado momentos después por los agentes de Policía Nacional Civil. Sin embargo, durante el desarrollo del debate oral y público, la persona agraviada manifestó en su declaración que no recordaba día, hora y lugar del hecho, ni las características de su agresor, únicamente recordaba que portaba camisa cuadriculada (cuando en realidad al sindicado lo detuvieron según los agentes policiales, y álbum fotográfico portando un sudadero), aunado a esto, en las declaraciones de los agentes de policía, la navaja la encontraron en un parque abandonado que se ubica a la par de un domicilio en cercanías del lugar del hecho, no recordando dirección, mientras que el escrito de acusación sostenía que la navaja le fue incautada al acusado en la bolsa del suéter.

En el caso expuesto, lo que más dudas generó es que al sindicado los dos agentes de Policía Nacional Civil no le encontraron ningún otro objeto en sus prendas de vestir, más que un billete de Q10.00, contrariando el escrito de acusación. A pesar de las dudas razonables sobre la participación del sindicado en el hecho ocurrido, la juzgadora no las tomó en cuenta y por el contrario, emitió una sentencia condenatoria de 6 años de prisión por el delito

de robo agravado al considerar que hubo alevosía, premeditación y abuso de superioridad.

La presunción de inocencia en la historia del derecho penal

En el Derecho Romano, el Código de Justiniano refería que todos los acusadores debían tener en cuenta que los cargos que acusaban no serían preferidos mientras tanto no fueran probados por testigos denominados probos o bien documentos de peso o las llamadas pruebas circunstanciales, lo que se tomaría como pruebas claras, es decir que se le exigía al ente acusador que probara los cargos que se le imputaban a los civiles.

Por otra parte, los juristas canónicos hallaron en el Derecho Romano una valiosa fuente de principios relacionados a la prueba concluyendo así que, la culpabilidad debía probarse y no presumirse, teniendo muy presente la aseveración. “Se presume que todo hombre es bueno hasta que demuestre lo contrario” (Stumer, 2019, pág. 23). Adicionalmente en el sistema continental uno de los métodos aceptados para sustituir las pruebas de cargo fue la confesión bajo tortura, dicho en otras palabras, al inculpado se le torturaba para que confesara lo que el acusador quisiera o le conviniera, de manera que la llamada presunción de inocencia únicamente quedaba en la teoría, más no se veía reflejada en la práctica jurídica.

Contrario a lo antes expuesto se puede mencionar a Inglaterra, como un país en donde se acostumbraba a que los jurados nombrados tomaran la decisión final sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, es decir, que en estos juicios de jurado nunca se tuvo certeza si realmente a los acusados durante el proceso o juicio se tenían como inocentes o bien se presumían como tal durante la tramitación del proceso, derivado de que quien tomaba la decisión de condenar o absolver a una persona era el jurado, teniendo como válido su juzgamiento, es decir, más que los medios probatorios, prevalecía el criterio del jurado en su conjunto, aunque quedaran dudas, en muchas ocasiones, la duda no favorecía al reo y lo que procedía era condenar a los acusados a pesar de la incertidumbre.

A pesar de lo anterior, el Derecho Romano tenía el ideal de que la función de la prueba dentro del juicio, amparaba a que una persona no fuera condenada en ausencia de pruebas claras, por otra parte en el siglo XV los jurisconsultos adoptaron la idea del Código de Justiniano, expresando que sería mejor absolver a un culpable que condenar a un inocente, sosteniendo que si no habían pruebas suficientemente claras, que inculparan a un acusado se le debería absolver de todos los cargos, manifestando que a la persona se le debía tener como inocente hasta no probar lo contrario.

Así pues, es como el principio de presunción de inocencia se convirtió en una máxima del derecho inglés, aduciendo este sistema que la condena de una persona inocente era considerada una grave injusticia, por lo que la certeza de la prueba de cargo imperativamente se debía exponer al momento de diligenciarse cada una de las pruebas aportadas por el ente investigador, conllevando que los juicios se convirtieran un tanto más justos para las personas acusadas y con ello evitar que se dictara una sentencia condenatoria en contra de una persona que hasta esa etapa del proceso era considerada inocente tal y como lo reza el principio antes mencionado.

En el Siglo XVIII al estar más reconocida la representación legal en los procesos penales los abogados de la defensa comenzaron a utilizar el principio de presunción de inocencia para argumentar la necesidad de la existencia de una prueba incriminatoria para declarar culpable a una persona procesada, sin embargo, los juzgadores dilataron en tener por aceptado este principio, así como también se oponían a que el inculpado debería de tener el beneficio de la duda a su culpabilidad, derivado de que a algunos jurados en ese momento se les instruía a que si ellos estaban convencidos de los hechos ocurridos, se le declarara culpable al acusado, así como también tenían la prohibición de informarse por su cuenta de los hechos que se estaban juzgando. De esta manera nace la instrucción judicial de que toda duda sobre la culpabilidad debía ser resuelta como una sentencia absolutoria,

dicha instrucción fue designada por los jueces durante los juicios de traición de Dublín en 1803, resaltando el icónico caso de William Palmer en 1853, a quien se juzgó por el delito de envenenamiento, el juicio en que:

“al presumir que todo hombre es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad, determina que su culpabilidad pueda establecerse solo mediante pruebas directamente conectadas con los cargos en su contra...Debe existir en sus mentes la más fuerte convicción de que es culpable del delito; si persiste en sus mentes cualquier duda razonable, le concederán el beneficio de la duda” (Stumer, 2019, pág. 25)

De tal cuenta que es así como nace a la vida jurídica la presunción de inocencia, primeramente, como una instrucción jurídica, convirtiéndose posteriormente en un principio procesal, toda vez que la presunción de inocencia estaba sumamente conectada con la exigencia de la existencia de pruebas de cargo en los procesos penales.

Derivado de lo anteriormente expuesto, se dispuso ulteriormente que los jurados no debían condenar a ningún acusado a menos de que estuvieran totalmente convencidos de su culpabilidad más allá de toda duda razonable, y es así como en el siglo XIX la presunción de inocencia fue confirmada tanto doctrinariamente

como en la jurisprudencia de una multiplicidad de naciones, y al transcurrir el tiempo se ha podido observar la relevancia que se ha dado a dicho principio dentro de los procesos penales, puesto que con este se garantiza el derecho constitucional que inviste toda persona procesada.

La presunción de inocencia en el derecho penal guatemalteco

La garantía constitucional de presunción de inocencia se encuentra regulada en la Constitución Política de la República de Guatemala, siendo este un principio fundamental dentro del proceso penal guatemalteco, toda vez que, éste no debe ser infringido por los sujetos procesales bajo ninguna excusa, puesto que durante la tramitación del debido proceso a través del diligenciamiento de los medios de prueba presentados por el ente acusador, este principio se va desvirtuado o confirmando hasta arribar a una sentencia de carácter absolutoria o condenatoria por parte del tribunal sentenciador.

De lo antes mencionado se puede expresar que, la Constitución Política de la República de Guatemala, preceptúa en su artículo 14 en referencia a la presunción de inocencia: “Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada...” (Constitución Política de la República de Guatemala, 1985).

En este orden de ideas es preciso manifestar que la presunción de inocencia es el derecho que tiene toda persona investigada, encausada o procesada a ser tratada como inocente por todos los sujetos procesales actuantes, es decir juez, fiscal de Ministerio Público, otros sindicados, agraviado y por supuesto por el abogado defensor, hasta no ser condenado en sentencia firme o ejecutoriada, es decir, que la culpabilidad de una persona procesada no se puede presumir, por el contrario la inocencia del enjuiciado si se puede presumir hasta que la culpabilidad del mismo sea acreditada o probada por el ente investigador dentro del juicio que se sigue en su contra.

Aunado a ello, el Código Procesal Penal guatemalteco, decreto número 51-92 del Congreso de la República en su artículo 14 regula lo referente al tratamiento que debe tener una persona que se encuentra dentro de un proceso penal siendo que:

“el procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección... en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades.”
(Código Procesal Penal, 1992)

De este modo se deja en evidencia que el derecho penal guatemalteco doctrinaria y legalmente es un derecho garantista, debido a que dentro de los cuerpos legales que son de utilidad para llevar a cabo un debido proceso, se garantiza el derecho de presunción de inocencia de la persona ligada a proceso penal, hasta que el Ministerio Público como entidad acusadora del Estado a través de todos los medios de prueba, compruebe que en efecto el procesado es responsable penalmente de haber cometido o haber participado en la comisión de un hecho tipificado como delito, toda vez que no es deber de la persona acusada ni de su abogado defensor probar la inocencia ante el tribunal de sentencia. Así pues, es que se mantiene el ideal de que los jueces no pueden emitir fallos o sentencias rigiéndose únicamente por el poder punitivo del Estado, si no, todo lo contrario, ya que, es fundamental que previo a que se dicte una sentencia dentro de un proceso penal, los hechos acusados al procesado deben quedar probados por el ente investigador, a través de la prueba de cargo, puesto que la prueba de descargo es presentada por parte del acusado, si bien es cierto, la defensa no está obligada a probar la inocencia del acusado pues esta se presume, resulta procedente la presentación de los mencionados medios probatorios que contradigan la prueba de cargo y lleven al juez a tener una idea más clara de los hechos afirmados y que se pretenden probar dentro de la acusación.

Como se ha podido observar en los párrafos anteriores el proceso penal guatemalteco tiende a respetar los principios y garantías constitucionales a través del diligenciamiento del debido proceso, aunado a que dentro del derecho penal guatemalteco se cuenta con una variedad de leyes que protegen al acusado o procesado, incluso resguardan a la persona desde que esta se encuentra en el periodo de investigación preliminar por parte del ente investigador como lo es el Ministerio Público, siendo así que, la Ley Orgánica del Ministerio Público decreto número 40-94 del Congreso de la República de Guatemala, en su artículo 7 regula:

“El Ministerio Público únicamente podrá informar sobre el resultado de las investigaciones siempre que no vulnere el principio de inocencia, el derecho a la intimidad y la dignidad de las personas; además cuidará de no poner en peligro las investigaciones que se realicen. El Ministerio Público y las autoridades bajo su dirección no podrán presentar a los medios de Comunicación a detenido alguno sin autorización de Juez Competente.” (Ley orgánica del Ministerio Público, 1994)

De acuerdo al artículo citado, en cuanto a que la persona que se encuentre bajo investigación por la posible comisión o participación dentro de un hecho tipificado como delito, aunque sea el Ministerio Público el encargado de investigar la comisión de hechos delictivos, la persona goza del derecho constitucional

de ser tratado como inocente y no debe ser expuesto a los medios de comunicación, toda vez que se debe respetar la dignidad e integridad personal del mismo. A pesar de que la presunción de inocencia no supone que el acusado sea declarado inocente o bien se dicte un fallo de carácter absolutorio dentro del proceso penal a su favor realmente no tenga responsabilidad penal, dicho principio constitucional solamente conjetura que la persona que está siendo juzgada en un proceso penal, únicamente puede ser declarado culpable si se demuestra que los hechos atribuidos en su contra son verdaderos, es decir puede que los medios de prueba presentados en la acusación no sean suficientes para demostrar la culpabilidad del sujeto, aunque este haya tenido algún tipo de participación en el hecho que se le acusa, puesto que la presunción de inocencia es un derecho que le asiste al procesado y es inviolable por ser una garantía procesal de carácter objetivo.

Para proteger el principio de presunción de inocencia, la Corte de Constitucionalidad ha emitido una diversidad de sentencias en materia de Amparo, no obstante, al hacer una búsqueda sobre jurisprudencia como tal, no se logra encontrar en la plataforma electrónica de la máxima corte en materia constitucional que existan fallos contestes en pro de las personas sindicadas, referentes a este importante principio.

Reglas de valoración de la prueba en el proceso penal

Antes de iniciar con la temática de este apartado, se hace necesario conocer al menos de manera somera algunos aspectos del derecho probatorio. Este varía dependiendo de cada Estado, debido a que son los legisladores lo que plasman en la ley la forma en que la prueba debe ser recopilada, admitida, diligenciada y valorada en cada proceso judicial.

El derecho probatorio se constituye como una herramienta de protección de las personas involucradas en los procesos, especialmente en el proceso penal, considerando que no se deben transgredir las normas establecidas referentes a la prueba y más aún si se pretenden utilizar de esa manera en contra de los intereses de la persona sindicada.

Derivado del derecho probatorio surgen los postulados que las pruebas deben referirse al hecho en cuestión directa o indirectamente, que deben ser eficaces y no pertenecen a quien las propone, sino que son parte del proceso y en base a esto, se derivan otros principios fundamentales de la prueba, por mencionar algunos: Principio de contradicción, de inmediación, de libertad probatoria, entre otros.

Dentro del proceso penal se encuentra una multiplicidad de principios que se deben aplicar, siendo uno de ellos el principio de libertad probatoria, por este principio como su nombre lo indica se

pueden probar los hechos y circunstancias de los cuales se acusa a una persona por cualquier medio de prueba permitido, ya que de acuerdo con lo que regula la norma procesal penal guatemalteca en su artículo 182 en cuanto a la libertad de prueba que tienen los sujetos procesales se expresa: “Se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso por cualquier medio de prueba permitido. Regirán, en especial, las limitaciones de la ley relativas al estado civil de las personas.” (Código Procesal Penal, 1992)

Dicho en otras palabras, el objeto de prueba y averiguación se encuentra limitado a probar únicamente aquellos hechos relacionados al origen del proceso y que deben de estar plasmados dentro del escrito de acusación, puesto que los medios probatorios deben tener relación con la pertinencia, legalidad, utilidad, y abundancia, de tal manera que es plausible probar los hechos ocurridos por medio de pruebas de las denominadas directas o indirectas, así pues, se puede arribar a la conclusión de que el estudio y valoración de la prueba indiciaria es fundamental dentro del proceso penal, esto como consecuencia de que en varias ocasiones los procesos penales carecen de prueba directa e incluso ni siquiera prueba indiciaria con la cual se pueda acreditar la participación o bien responsabilidad de la persona procesada en cuanto a los hechos que se le sindicán.

Derivado de lo expuesto, es de suma importancia conocer la estructura, elementos y razonamiento lógico que necesariamente se debe analizar al valorar este tipo de prueba, de acuerdo a la sana crítica razonada, puesto que este aspecto es esencial para que los juzgadores emitan una sentencia con motivación sumamente fundada y apegada a derecho y no simplemente por la relación de algunos medios probatorios.

Debido a lo cual para tener una mejor idea de cómo se debe valorar la prueba dentro del proceso penal se pueden mencionar algunos artículos del Código Procesal Penal, decreto ley 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, siendo el primero de ellos el artículo 186 que regula lo siguiente:

“Todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme a las disposiciones de este código. Los elementos de prueba así incorporados se valorarán, conforme el sistema de la sana crítica razonada, no pudiendo someterse a otras limitaciones legales que no sean las expresamente previstas en este código.” (Código Procesal Penal, 1992).

Así pues se arriba a la llamada sana crítica razonada, la cual tiene como un cúmulo de criterios valorativos de la prueba en su génesis, es decir, se entiende como una crítica racional, por lo que

según el artículo 385 del Código Procesal Penal expresa que para la deliberación y valoración sobre la prueba diligenciada en juicio oral y público el tribunal apreciará la prueba según las reglas de la sana crítica razonada y resolverá por mayoría de votos, y siendo así que la decisión referirá sobre un fallo de carácter absolutorio o condenatorio para la persona que ha sido juzgado en juicio.

La presunción de inocencia como regla de valoración de la prueba

Dentro de la valoración de la prueba que ha adoptado el sistema penal guatemalteco, como se explicó anteriormente, está la sana crítica razonada que principalmente se compone de la lógica, la psicología y las máximas de la experiencia que han adquirido los juzgadores.

Los tres elementos mencionados son los que mayor aceptación han tenido como integrantes de la sana crítica razonada, no obstante, perfectamente se puede hacer una integración más completa en pro de la correcta valoración de la prueba para la averiguación de la verdad y la imposición de una sanción penal en caso de que corresponda, siempre que no quede ninguna duda razonable para los juzgadores.

Es decir, utilizar la presunción de inocencia como regla de valoración de la prueba implica que todas y cada una de las pruebas aportadas por la fiscalía deben tener una congruencia

entre sí, para evitar cualquier duda que se derive de las mismas, esto si se considera sancionar penalmente a la persona acusada.

En este sentido, la presunción de inocencia debe ser tomada en consideración para erradicar cualquier incertidumbre que surja del diligenciamiento de la prueba y en caso de surgir dudas, las mismas se deben interpretar de la manera más favorable para quien se encuentra bajo juzgamiento, dicho en otros términos, las dudas que devienen de la prueba no pueden utilizarse para dar crédito a la plataforma fáctica que propone la fiscalía, debido a que al tener la obligación que pregona el *onus probandi*, toda aseveración que formula el Ministerio Público debe quedar debidamente acreditado por la mayor cantidad de pruebas posibles en cada extremo que se pretenda probar.

De manera que, al hacer uso de la presunción de inocencia como una regla de la valoración de la prueba, necesariamente se debe recurrir a otros principios que tienen plena aceptación en el derecho penal moderno, especialmente porque “los principios probatorios no son meras teorizaciones o formalidades. Ellos están estrechamente vinculados con temas sustantivos que van más allá de la prueba, tales como el debido proceso y la presunción de inocencia.” (Álvarado, 2015, pág. 297).

La importancia de los principios que rodean e integran al proceso penal son de gran valía, debido a que limitan de cierta manera

el poder punitivo que ostenta el Estado, y dentro de estos principios probatorios de los cuales se puede hacer mención se encuentra, la regla *actori incumbit probatio*, que dispone que le corresponde al actor probar su alegato, incluso esta regla está contenida en algunos pronunciamientos que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la importancia que tiene para desvirtuar la presunción de inocencia que le concierne a toda persona acusada.

La regla *actori incumbit probatio*, es una de las más fundamentales usadas por los tribunales nacionales e internacionales en materia de la carga de la prueba y que es prácticamente un sinónimo del *onus probandi*, únicamente con la diferencia que el primero de estos les compete a las dos partes (defensa y fiscalía) y el segundo a quien acusa. Ambos tienen relación con la presunción de inocencia como regla de valoración de la prueba en el sentido que para determinar que una persona ya no se presume inocente se debe de corroborar ese extremo por medio de la prueba y para ello también se hace necesario que cada parte actúe de buena fe, aportando prueba de cargo como de descargo, aunque esta última afecte a los intereses de la fiscalía. Esto se conoce en el derecho anglosajón como *disclosure o discovery*, representando una institución por medio de la cual, las partes se ven obligadas a presentar toda la prueba relevante para el proceso, sea o no favorable para quien la presenta.

Esta institución del derecho anglosajón relacionada con la presunción de inocencia tiene relación en cuanto a averiguar los hechos que se están juzgando independientemente si son contrarios a los acusados, sobre todo en un país como Guatemala en donde los índices delincuenciales por delitos contra la integridad física, solo se compara con países en guerra y que en términos procesales se traduce en que en muchas ocasiones se suele analizar la prueba, no solo para averiguar la verdad histórica de los hechos, sino para tratar de reprocharle al acusado la conducta efectuada, aunque esta no se compruebe del todo.

De manera que la presunción de inocencia como regla de valoración de la prueba en un Estado como el guatemalteco, resulta ser de suma importancia ya que, por los altos índices de delincuencia, se suele juzgar a las personas acusadas de ciertos delitos, de una forma prejuiciosa y que se acerca más al derecho penal del enemigo que al sistema democrático que pregona la Constitución Política de la República de Guatemala.

En este orden de ideas, se debe resaltar el delito de lavado de dinero u otros activos, que se encuentra contenido en la Ley contra el lavado de dinero u otros activos, Decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, mediante el cual se presume que todo acusado de este delito es culpable y que en consecuencia el *onus probandi* se invierte y es el sindicado es quien debe demostrar su inocencia, conllevando una contradicción a la norma

constitucional suprema y a los pronunciamientos que ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos referente a quien le compete la carga de la prueba en el proceso penal.

Por otra parte, en los tribunales de justicia guatemaltecos, se toma por hecho que es la persona o personas acusadas junto con sus abogados defensores, quienes deben demostrar la procedencia de los bienes por los cuales se les acusa de lavado de dinero u otros activos, quitándole la obligación a la fiscalía de acreditar su tesis, de que los hechos que se juzgan encuadran en el delito mencionado, cuando la realidad es que los medios de prueba aportados por el ente acusador en muchas ocasiones se obtienen de manera ilegal y aun así son aceptados por los juzgadores.

Es decir, el delito de lavado de dinero u otros activos con la normativa y práctica judicial actual se contrapone a los postulados de la presunción de inocencia y la misma se convierte en presunción de culpabilidad, pues si no se aporta prueba por la persona sindicada, se concluye en la sentencia que se debe imponer una sanción penal, obviando además que no se comprueba en la mayoría de casos que debe acreditarse que el dinero o bienes provienen de otro delito.

Así es como se arriba a que la presunción de inocencia como regla de valoración de la prueba debe ser aplicada a todo proceso penal, independientemente del delito que se trate y siempre en pro

del acusado, lo cual es parte integrante del sistema democrático de Derechos Humanos que reina en los países occidentales, pero que lamentablemente en muchas ocasiones, se deja de lado prevaleciendo los vestigios del derecho penal inquisitivo.

Referencias Bibliográficas

- Álvarado, P. D. (2015). *Análisis sistemático de la evaluación de la prueba que efectúa la corte interamericana de derechos humanos*. Santiago, Chile: Revista Chilena de derecho. Vol.42.
- Código Procesal Penal. (14 de diciembre de 1992). Diario Oficial de Centroamérica. Guatemala, Guatemala.
- Constitución Política de la República de Guatemala. (31 de mayo de 1985). Diario Oficial de Centroamérica. Guatemala, Guatemala.
- Ley Orgánica del Ministerio Público. (12 de mayo de 1994). Diario Oficial de Centroamérica. Guatemala, Guatemala.
- Stumer, A. (2019). *La presunción de inocencia perspectiva desde el derecho probatorio y de los derechos humanos*. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Apuntes sobre el recurso extraordinario de casación desde la perspectiva del derecho de defensa

Dra. Gloria Edith Ochoa Zetino

Para el autor Fernando De la Rúa, el Recurso de Casación es: “un medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia y una nueva decisión, con o sin reenvío o nuevo juicio.” (2000, Pág. 22). En Guatemala se fundamenta en el libro Tercero de las Impugnaciones título VI regulado a partir del artículo 437 y siguientes del Código Procesal Penal, Decreto 52-92 del Congreso de la República de Guatemala, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de San José, le otorga la calidad de Derecho para las partes, ya que dicha Convención establece taxativamente el derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior y en ese sentido, la Constitución Política de la República de Guatemala establece que, en materia de Derechos Humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por el país, tienen preeminencia sobre el derecho interno. La Corte Interamericana de Derechos Humanos incluye el derecho a recurrir en el ejercicio del derecho de defensa de la siguiente manera: “La Corte considera que el derecho de recurrir el fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el

derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue emitida con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.” Fallo Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Recurso Extraordinario de Casación tiene como fin primordial que la Corte Suprema de Justicia a través de su Cámara Penal provea la realización del derecho objetivo mediante la reparación del agravio, por ello con el planteamiento del recurso se debe demostrar el error e indicar como reparar los errores cometidos en las resoluciones precedentes, tales como, los errores *in procedendo* y los errores *in iudicandi*; los primeros son las violaciones de normas procesales; los segundos, errores de juicio cometidos en las cuestiones de hecho, así lo regula el ritual procesal contenido en los artículos 440 y 441 del Código Procesal Penal, en consecuencia es muy importante analizar la sentencia de segundo grado y confrontar los errores con los motivos de procedencia contenidos en los citados artículos, puesto que la sentencia debe de cumplir con los requisitos contenidos en el artículo 389 del Código Procesal Penal, es decir debe de ser congruente y atender al principio de limitación del conocimiento, debe circunscribirse a resolver los puntos por los que el recurrente se siente agraviado pues una vez el recurso de apelación especial ha superado la fase de admisibilidad correspondiente, la Sala no

puede desviar su conocimiento con argumentos que corresponden a otras circunstancias, si lo hace da cabida que la sentencia sea recurrida en casación. Además, de acuerdo con el artículo 421 del Código Procesal Penal, la Sala conocerá solamente de los puntos de la sentencia impugnada expresamente en la apelación especial, y la sentencia que emita debe ser motivada, entendida esa motivación como los razonamientos jurídicos y motivos pormenorizados que llevan a la Sala a resolver de la manera en que lo hizo, así como debe ser exhaustiva, es decir, debe ser la culminación de un trabajo deductivo e intelectual, de análisis y fundamentación por parte de la autoridad impugnada, por lo que se debe de analizar la sentencia de segundo grado bajo estos parámetros.

DOCTRINA: “Expediente No. 1032-2015 Sentencia de casación del 11/01/2016. “...la Sala de Apelaciones infringió el principio de limitación del conocimiento que rige en esa sede, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 421 del Código Procesal Penal, (...), toda vez que entró a cuestionar y modificar la pena impuesta por el delito cometido, aspecto que, como ya se dijo, escapaba del control jurisdiccional de alzada, por no haber sido objeto de impugnación. El agravio es, por regla, la medida del recurso sea este de apelación, apelación especial o casación, y su invocación o denuncia ante el órgano correspondiente, es el que habilita la intervención, conocimiento y resolución por parte de este, puesto que, resulta ilógico que un acto que gozó del consentimiento de

las partes, sea puesto en crisis en forma oficiosa por quien conoce en alzada, en este caso, la Sala de Apelaciones...”

El Recurso Extraordinario de Casación por motivo de fondo debe de señalar puntualmente la norma de índole sustantivo que fue violentada por la Sala de Apelaciones, acorde al caso de procedencia invocado, la cual debió ser conocida por el Tribunal de Alzada; se debe partir de los hechos acreditados por el Juez de Sentencia, formulando argumentos jurídicos de manera que demuestre las razones concretas por las cuales la Sala de Apelaciones incurrió en errónea interpretación, indebida aplicación o falta de aplicación de la norma que señala como infringida; además se debe indicar de qué forma la errónea interpretación, indebida aplicación o falta de aplicación que la Sala de Apelaciones hizo de las normas denunciadas e influyó decisivamente en la parte resolutive del fallo recurrido; definiendo claramente el agravio, así como se debe señalar la aplicación que pretende en relación al agravio denunciado. Al haberse invocado ante el Tribunal de Alzada un motivo de fondo, es deber de la Sala estudiar los elementos de la norma sustantiva invocada como conculcada, contrastarla con la plataforma fáctica acreditada, y de ahí concluir si existe o no error de derecho en la aplicación de los artículos denunciados como infringidos.

Si el Tribunal de Alzada no realiza la labor intelectual instada en Apelación Especial por motivo de fondo de conformidad con los

parámetros anteriores, la sentencia de segundo grado adolece de un defecto absoluto de forma, al no poseer una clara y precisa fundamentación vulnerando así el contenido del artículo 11 bis del Código Procesal Penal y el 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, toda vez que la simple transcripción de los hechos y razonamientos del Tribunal A quo, no reemplazan en ningún caso a la argumentación debida como lo regula el artículo 11 bis del Código Procesal Penal. En ese caso en el Recurso de Casación se debe señalar exactamente el agravio denunciado en el Recurso de Apelación Especial sobre el que se estima que, al haber sido resuelto en sentencia, no fue fundamentado adecuadamente. Se debe de transcribir la parte considerativa del fallo de la Sala de Apelaciones, que contiene la falta de fundamentación que se aduce, y finalmente se debe elaborar el argumento jurídico que explique por qué la Sala de Apelaciones no fundamentó su decisión con relación a los puntos denunciados ante ella, realizando la debida confrontación entre lo pedido y lo resuelto, a efecto de demostrar el vicio denunciado.

DOCTRINA: “Procede el recurso de casación por motivos de forma contenido en el numeral 6 del artículo 440 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República, cuando el tribunal de alzada al dictar su fallo no expresa los motivos de hecho y de derecho que lo inducen a asumir determinada decisión, con lo cual incumple con el requisito de falta de fundamentación de la sentencia que exige el artículo 11 bis del Código Procesal

Penal, Decreto 51-92 del congreso de la República.” (Recursos de Casación Conexados 1.2009 y 3.2009, criterio sostenido en sentencias de casación dentro de los expedientes, 319-2005 de fecha 23 de marzo de 2005, 398-2008 de fecha 11 de junio de 2009, 228-2007 de fecha 23 de noviembre de 2007 entre otras.)

En relación a la fundamentación, sobre todo en las sentencias de primer grado absolutorias los Tribunales de Alzada en algunas ocasiones le resta validez y eficacia al razonamiento del Tribunal A quo explicando por qué se debió otorgar valor probatorio a los medios de prueba cuestionados en el Recurso Apelación del Ministerio Público o Adhesivo, de esa manera se traduce la transgresión al principio de intangibilidad de prueba, regulada en el artículo 430 del Código Procesal Penal, que en términos generales establece que, la valoración de las pruebas y la determinación de las conclusiones inferidas de ellas, es potestad soberana del Tribunal A quo, el Recurso Extraordinario de Casación debe de ser puntual en señalar los medios de prueba que, a su juicio, la Sala de Apelaciones valoró en la sentencia impugnada transcribiendo los párrafos considerativos de la sentencia de la Sala de Apelaciones en los cuales vulneró el artículo 430 del Código Procesal Penal desarrollando el argumento jurídico que demuestre, de qué manera la Sala de Apelaciones hizo mérito de los medios de prueba.

JURISPRUDENCIA; La Corte Suprema de Justicia, Cámara de amparo y antejuicio, en sentencia de amparo número 1551-2015 de fecha cinco de abril del año dos mil dieciséis señala: “Con base en lo anterior, esta Cámara advierte que el agravio denunciado, toda vez que la autoridad impugnada al expresar: “debió concatenar las declaraciones de los agentes aprehensores, con la declaración del perito implícitamente sugiere cómo el tribunal de Sentencia debía valorar la prueba: por otro lado, la autoridad impugnada estimó que “Dichos elementos de convicción permiten acreditar que se realizó el supuesto hecho de la norma sustantiva descrita en el artículo 123 de la Ley de Armas y Municiones”, con lo que trastoca el hecho acreditado y tiene por probada la acusación: ambos razonamientos están prohibidos de conformidad con lo regulado en el artículo 430 del Código Procesal Penal. De ahí que el amparo debe otorgarse...”

Otro aspecto para analizar en las sentencias de segundo grado que da origen al Recurso Extraordinario de Casación por motivo de forma son los razonamientos expuestos por el Tribunal de Alzada en relación a la Sana Crítica Razonada, regulada en el artículo 385 del Código Procesal Penal, por ejemplo, el agravio relativo a que en la valoración de la prueba –declaración de la víctima e informe pericial psicológico- se inobservaron la ley de la lógica, la regla de la derivación y el principio de razón suficiente, integrantes de la sana crítica razonada, ya que no se expresó un

análisis completo en el que se vislumbrara la comparación entre los principios citados y la justificación que dio el sentenciante para otorgarles o no valor probatorio a esas pruebas... aunque la Sala de Apelaciones generalmente exterioriza algunas razones, éstas son generales respecto a la respuesta que debió de dar porque no realiza la confrontación entre los razonamientos valorativos que hizo el tribunal –para hacer la revisión del iter lógico– y la inconformidad planteada de cada uno de los elementos de prueba individualizados, para establecer el cumplimiento o incumplimiento de los principios y leyes denunciados. Al declarar el Tribunal de Alzada que no acoge el recurso, no da una explicación precisa sobre la inobservancia a la sana crítica razonada. No está demás indicar que la labor de verificación sobre la observancia o no de las reglas y principios integrantes de la sana crítica razonada, no constituye una revalorización del elenco probatorio, sino un análisis bien fundamentado con relación al razonamiento utilizado por el Tribunal A quo al conceder o no valor a cada elemento de prueba. Para el planteamiento del Recurso de Casación se debe de citar la norma vulnerada por la Sala de Apelaciones, la cual debe ser acorde al caso de procedencia invocado, así como se debe realizar el argumento jurídico que demuestre cómo la Sala de Apelaciones incurrió en falta de fundamentación con relación al agravio sobre el valor probatorio en la prueba diligenciada, que debe constar en el Recurso de Apelación Especial, evidenciando el medio de prueba sobre el cual la Sala incurrió en error así como la ley, la regla y el principio de la sana crítica razonada

que se vulneró indicando cuál es el valor que debe darse a dicho medio de prueba, justificando la razón de la petición conforme al sistema de la sana crítica razonada y finalmente indicar la solución legal que pretende.

DOCTRINA: Es procedente el Recurso de Casación por motivo de forma cuando, en el mismo se denuncia la falta de fundamentación por parte de la Sala de Apelaciones al resolver un agravio en la sana crítica razonada por parte del sentenciador, si del análisis de lo impugnado en casación se establece que, en efecto, el tribunal de apelación especial resolvió generalidades y sin emitir un pronunciamiento preciso en relación con lo que concretamente le fue denunciado”. (Sentencia del Tribunal de Casación de Guatemala, de fecha 28 de enero de 2013 dentro del expediente No. 1814-2012) Expediente No. 1128-2016 Sentencia de Casación del 16/03/2017. “...Cámara Penal establece que la Sala de Apelaciones no dio respuesta sustancial a los puntos esenciales referentes a la inobservancia de la ley de la derivación en su principio de razón suficiente, así como al principio de no contradicción, congruencia, coherencia y tercero excluido, que fueron señalados por el abogado defensor (...) en apelación; como consecuencia, se vulneró el contenido del artículo 11 bis del Código Procesal Penal, por lo que debe declararse procedente el recurso de casación por motivo de forma planteado, anulándose la resolución recurrida y reenviar las actuaciones a la Sala para que emita nuevo fallo en donde se pronuncie bajo los términos

referidos en este apartado, y pronunciarse sobre la existencia o no de los errores lógicos que fueron señalados por el apelante, con respecto a la ley de la derivación en su principio de razón suficiente al momento de valorar los medios de prueba impugnados a través de la apelación especial interpuesta...” Expediente No. 1019-2016 Sentencia de Casación del 20/02/2017. “...Cámara Penal establece que, para considerar fundamentada la sentencia recurrida, la Sala debió explicar con argumentos propios de qué forma el sentenciante al valorar la prueba específicamente señalada por el apelante, incumplió al no aplicar la sana crítica razonada, específicamente la ley de la lógica en la regla de derivación y el principio de razón y la forma en que fueron concatenados dichos elementos de convicción con la prueba documental y material aportada y/o diligenciada en el debate, pues del análisis de su fallo se verifica que el órgano de alzada se limitó a afirmar que la referida prueba fue valorada utilizando la sana crítica razonada, sin sustentar análisis propio y argumentos sustanciales suficientes para satisfacer la pretensión del recurrente, con una justificación coherente, explícita, concisa, suficiente y eficaz para cumplir con el requisito formal de la fundamentación exigido por el artículo 11 Bis del Código Procesal Penal...”

Cuando se alega Injusticia Notoria, el agravio no debe conformarse únicamente con la insatisfacción del recurrente respecto de la decisión judicial, sino que su inconformidad debe ser fundamentada con argumentos fácticos, jurídicos y probatorios susceptibles

de incentivar al tribunal superior para que revise la decisión del sentenciador en cuanto a lo probado dentro en el juicio. En ese sentido si con claridad los medios de prueba diligenciados por el Tribunal A quo fueron insuficientes para acreditar la existencia del tipo penal, así como la participación del procesado en el mismo, situación que motivó la absolución del acusado; no existe Injusticia Notoria solo porque el litigante contrario no le satisface un fallo judicial y ha sido vencido en un juicio con todas las garantías del debido proceso, no siendo procedente la figura referida; aunado al hecho de que para ello se han establecido los fines y formalidades del proceso que deben ser respetadas por los juzgadores y sujetos procesales, por lo que no corresponde alegar Injusticia Notoria por la sola absolución del procesado.

DOCTRINA: La Injusticia Notoria, planteada de manera fundada y razonable como motivo de apelación especial, permite descender a los hechos acreditados por medio del análisis de las valoraciones probatorias que los fijan; de esa cuenta, funciona como excepción al régimen que impone el artículo 430 del código Procesal Penal. Expediente No. 1244-2015 Sentencia de Casación del 19/02/2016. Expediente No. 1244-2015 Sentencia de Casación del 19/02/2016. "...debe recordarse que la Injusticia Notoria se concretiza cuando se producen sentencias absurdas o arbitrarias, es decir, cuando existiendo prueba sólida se absuelve, o bien cuando no habiéndose probado los hechos por el propio tribunal, condena y esto ciertamente no se produce en este caso,

puesto que la prueba valorada positivamente por el tribunal de primer grado, no se consideró que fuera sólida y suficiente para dictar una sentencia condenatoria, máxime que no se tuvo por acreditado ningún hecho que vinculara al sindicato, lo que imposibilita descender a los mismos por medio del análisis de las valoraciones probatorias que los fijan, porque en síntesis, no se tuvo por acreditado ningún hecho contra el procesado, ni se tuvo como valorada prueba indiciaria alguna. Además, no se ha logrado comprobar que la sentencia de primer grado sea absurda o arbitraria, pues el solo hecho de exponer inconformidad con la valoración de prueba realizada por el Tribunal (...) de Sentencia (...), no es suficiente para que la sentencia pueda ser considerada injusta. Adicional a ello, la Sala emitió argumentos propios con relación a la logicidad de la prueba valorada por el A quo. De este modo se pronunció respecto a lo declarado por la víctima (...) en concatenación con el dictamen rendido (...) habiendo concluido que el Tribunal sentenciador sí realizó esa serie de razonamientos lógicos requeridos por la sana crítica razonada al concatenar cada elemento de prueba existente y de esa manera llegar a la conclusión de emitir una sentencia de tipo absolutoria a favor del procesado...”

Otro error recurrente es que los Tribunales de Alzada al dictar sus sentencias se limitan a validar lo considerado por el Tribunal A quo y que comparten el criterio de este, así por ejemplo en cuanto la subsunción de la conducta del procesado en el tipo penal si

no realiza un estudio de los elementos de la norma sustantiva invocada como conculcada, no la contrasta con la plataforma fáctica probada, para luego concluir si existía o no error de derecho en la aplicación de las normas denunciadas vulneradas, carece la sentencia de la labor intelectual, por lo que esas sentencias adolecen de un defecto absoluto de forma, al no poseer una clara y precisa fundamentación, vulnera el derecho de defensa. Ese vicio impide que el Tribunal de Casación pueda determinar si en efecto, el fallo impugnado posee los yerros en cuanto a la aplicación del derecho sustantivo denunciados en casación, pues, de conformidad con el artículo 442 del Código Procesal Penal, Cámara Penal debe conocer únicamente de los errores jurídicos contenidos en la resolución recurrida, y en ese caso, no existe esa fundamentación que viabilice el análisis que corresponde.

JURISPRUDENCIA: Sentencia de Casación, Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, Guatemala, 29 septiembre 2006. Recurso de Casación 99-2006 Oficial 3°. Caso Mariano Yaxcal, dijo: “carece de la motivación exigida por el artículo 11 Bis del Código Procesal Penal, violación al debido proceso que el artículo 12 constitucional en garantía al procesado, simplemente hace relación, en términos generales, de las pruebas de la causa, generando ambigüedad en el fallo e intentando reemplazar los fundamentos de su decisión con irreverentes remisiones al material probatorio incorporado al proceso, con ello el órgano jurisdiccional incurre abiertamente en la prohibición contenida en el artículo 11 Bis del Código Procesal Penal, generando la nulidad del fallo...”

Se debe de tener presente cuando analizamos la sentencia de segundo grado el hecho de no resolver todos los puntos esenciales que estaban contenidos en las alegaciones del apelante, se traduce en una falta de fundamentación al producirse una incongruencia omisiva, la cual acaece cuando el Tribunal Ad quem ha dejado de responder razonadamente uno o varios de los puntos indispensables alegados, lo que indefectiblemente provoca una ausencia de concreción, es decir, se produce una desvinculación material entre lo pedido por el casacionista oportunamente y lo resuelto por el órgano jurisdiccional en segunda instancia (principio de congruencia). En efecto, el derecho de defensa en juicio y el debido proceso, exigen que las sentencias de segunda instancia sean lógicamente explicadas, que contengan la necesaria argumentación jurídica y que resuelvan todos los puntos expresamente impugnados.

DOCTRINA: “Existe falta de fundamentación cuando la decisión recurrida no resuelve puntos esenciales que forman parte de lo alegado en apelación.” **Sentencia 200-2006 de fecha 25 de septiembre de 2006. Expediente No. 1038-2016 Sentencia de Casación del 05/07/2017:** “...La doctrina considera que entre los presupuestos sustanciales de la sentencia se encuentran la congruencia, motivación y exhaustividad. En el presente caso, si bien, la Sala de Apelaciones expresó las razones de la decisión que asumió, pero, evidentemente incumplió el primer presupuesto,

ya que no existe relación lógica entre lo alegado por el apelante y lo resuelto por el Tribunal. Además, faltó a la exhaustividad, al no agotar todos los puntos aducidos por el recurrente. De tal cuenta que, no es dable legitimar el dispositivo del fallo de la Sala de Apelaciones, pues, faltó a su deber de fundamentación, al no realizar el análisis debido de los agravios expuestos por el recurrente en el recurso de apelación especial (...). razón por la cual, se advierte vulneración de los artículos 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala y 11 Bis del Código Procesal Penal.

Debemos poner atención cuando la Sala se limita a transcribir doctrina y exponer en forma generalizada argumento que es insuficiente porque no responde al punto esencial planteado por el procesado en su apelación especial, y que si nos centramos en denunciar por ejemplo la vulneración del principio de relación de causalidad contenido en el artículo 10 del Código Penal, porque los hechos acreditados no son idóneos para configurar todos los elementos del delito, para responder, no solo formalmente, sino atendiendo a la sustancia del reclamo, la Sala tiene que realizar el análisis intelectual que lleve a establecer si la acción acreditada es la causa del resultado típico atribuido, para posteriormente formular un juicio normativo que permita imputar objetivamente a un sujeto dicho resultado.

DOCTRINA: “La relación de causalidad, se establece cuando los hechos acreditados constituyen la causa del resultado jurídico penal atribuido a un sindicado, y por ello se relaciona con la subsunción típica de los mismos”. Sentencia de Casación de fecha treinta de agosto de dos mil once, dentro del expediente número 107-2011. “Cuando se resuelve un recurso de casación por motivo de fondo, el único referente fáctico para analizar, son los hechos acreditados por el tribunal de sentencia”. Sentencia de Casación de fecha veintiséis de septiembre de dos mil once dentro del expediente Número 101-2011.

Un punto muy importante es en la fase de dictar sentencia de segundo grado no es legítimo desestimar la apelación especial por la detección de deficiencias en el planteamiento que el tribunal hubiera tenido que objetarle a la parte apelante en la fase de admisión de su recurso, para que así ésta tuviese la oportunidad de subsanarlas conforme a lo dispuesto en el artículo 399 del Código Procesal Penal, artículo cuya aplicación no es facultativa sino obligatoria, la Sala de resolver de ese modo viola el derecho de defensa del procesado porque se negó a hacer un pronunciamiento sobre el fondo del agravio planteado utilizando razones que debió revisar en la fase de admisibilidad del recurso resulta evidentemente arbitrario que en la fase de sentencia se rechace el recurso por defectos que, de haberse procedido conforme a la ley y al principio de favorecer el acceso al recurso, por el principio *pro actione*, el recurrente habría tenido la ocasión de subsanar desde un inicio en la fase de admisión del recurso.

DOCTRINA: Existe doctrina legal del juez constitucional y jurisprudencia reiterada de esta Corte, que el momento procesal oportuno para hacer esa declaración es en la admisibilidad del recurso, y toda vez admitido, tiene que entrarse a resolver el fondo de la cuestión planteada... Recurso de Casación. Expediente No. 1647-2016 Sentencia de Casación.

Como vemos el Recurso Extraordinario de Casación no implica un nuevo examen del litigio, sino que sólo corrige la contrariedad de lo resuelto con la voluntad de la ley; es un medio contralor de la legalidad del proceso y tiene dentro de sus finalidades la defensa del derecho objetivo que corresponde a la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales.

Referencias Bibliográficas

Libros:

- De La Rúa, Fernando. El recurso de casación en el derecho positivo argentino, Víctor de Zavala, editor, 2000.
- Vescovi, Enrique, Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica, Ediciones de De Palma, Buenos Aires.1988.

Doctrina:

- Sentencia del Tribunal de Casación de Guatemala, de fecha 28 de enero de 2013 dentro del expediente No. 1814-2012
- Expediente No. 1244-2015 Sentencia de Casación del 19/02/2016
- Recursos de Casación Conexados 1.2009 y 3.2009, criterio sostenido en sentencias de casación dentro de los expedientes, 319-2005 de fecha 23 de marzo de 2005, 398-2008 de fecha 11 de junio de 2009, 228-2007 de fecha 23 de noviembre de 2007
- Sentencia 512-2009 del 23 de septiembre del 2010

Legislación:

- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de San José.
- Código Procesal Penal decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

Jurisprudencia Internacional:

- Fallo Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos.



7ª. Avenida 10-35 zona 1, ciudad de Guatemala



www.idpp.gob.gt



direccion_general@idpp.gob.gt



Instituto de la Defensa Pública Penal
Guatemala



Instituto de la Defensa Pública Penal
Guatemala



Instituto de la Defensa Pública Penal
Guatemala



(502) 2501 5757

Instituto de la Defensa Pública Penal
7ª avenida 10-35 zona 1, ciudad de Guatemala
Tel. 25015757
www.idpp.gob.gt