

DEFENSE



6

REVISTA DEL DEFENSOR No. 6
1 RA. EDICIÓN, GUATEMALA JUNIO DE 2011

**M.A. BLANCA AÍDA STALLING DÁVILA
DIRECTORA GENERAL IDPP**

**M.A. JOSÉ GUSTAVO GIRÓN PALLES
COORDINADOR DE UNIFOCADEP**

CONSEJO EDITORIAL

METODÓLOGO UNIFOCADEP

DR. ARTURO HIGUEROS GARCÍA

CAPACITADORES UNIFOCADEP

**LIC. HUGO ROBERTO SAAVEDRA
LIC. JOSÉ ALFREDO AGUILAR ORELLANA**

ABOGADO DEFENSOR PÚBLICO DE PLANTA

**LIC. ROBERTO EDUARDO STALLING SIERRA
LIC. RAÚL RENÉ ROBLES DE LEÓN**

TRATAMIENTO DE LA FORMA

FERNANDO HURTARTE





IDPP
Instituto de la Defensa
Pública Penal





ÍNDICE

	Página
1. ¿Es posible aplicar la teoría de género en casos de hombres?	9
<i>Licda. Gloria Edith Ochoa Zetino</i> (Coordinadora Unidad de Enfoque de Género IDPP)	
2. Aproximación al enfoque psicojuridico en casos de violaciones graves a derechos humanos	27
<i>Lic. José Alfredo Aguilar Orellana</i> (Docente UNIFOCADEP)	
3. La credibilidad del testimonio en el proceso penal	49
<i>Lic. Luis Oscar Díaz Samayoa</i> (Subcoordinador Unidad de Abogados en Formación IDPP)	
4. El Recurso de Revisión, facultad del juez de ejecución penal y la aplicación de la retroactividad de la ley penal	65
<i>Lic. Rigoberto Vargas Morales</i> (Supervisor Unidad Supervisión IDPP)	
5. La falta de mérito confirmada de Diego Catinac Carrillo	83
<i>Lic. Rudy Orlando Arreola Higueros</i> (Coordinador Defensoria de Santa Cruz del Quiché)	
6. Delitos Informáticos y la legislación guatemalteca	95
<i>Lic. Hans Aarón Noriega Salazar</i> (Docente UNIFOCADEP)	
7. La extradición	109
<i>Lic. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes</i> (Docente UNIFOCADEP)	

- | | | |
|-----|---|-----|
| 8. | La Neocodificación Penal
<i>Lic. Hugo Roberto Saavedra</i>
(Docente UNIFOCADEP) | 125 |
| 9. | Causas por las que Guatemala no ha ratificado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional
<i>Lic. José Gustavo Girón Palles</i>
(Coordinador UNIFOCADEP) | 139 |
| 10. | Reformas a la justicia Interamericana
<i>Lic. Otto Haroldo Ramírez Vásquez</i>
(Coordinador Defensoría de Jalapa) | 159 |



EDITORIAL

Es motivo de mucha satisfacción presentar la Revista del Defensor en su sexta edición, la que viene precedida del gran entusiasmo mostrado por muchas Defensoras y Defensores Públicos muy interesados en publicar el material jurídico que han producido gracias a la motivación que esta Revista de reflexión y análisis ha despertado en ellos. Cada vez es mayor también, la demanda que tiene esta tribuna de expresión que ya puede ser consultada en la página Web de nuestra institución.

En esta edición, se presentan 10 artículos que fueron seleccionados con el criterio de su relevancia actual y de la incidencia que tienen en el campo jurídico y que cubren además, varias áreas del Derecho con la finalidad de que el lector abarque mayores temas de contenido.

De esa manera, se presenta un enfoque acerca de la validez de la aplicación de la estrategia de género en el caso de hombres, una aproximación al abordaje psicojurídico, y una serie de ideas acerca de la extradición, así como la Necodificación penal.

También despierta el interés el artículo que enfoca el valor de la credibilidad del testimonio y el que se refiere a las reformas que ha tenido la justicia interamericana, y para concluir, se presentan tres artículos de mucha actualidad, como son los delitos que se producen en el campo actual de la Informática, un caso ocurrido en el Quiché acerca de la aplicación de la falta de mérito, y un trabajo de investigación acerca del porqué Guatemala no ha ratificado el Estatuto de Roma.

Esperamos que este material presentado, todo de excelente calidad, sea provechoso y llene las expectativas de nuestros lectores y lectoras.

El Consejo Editorial

**¿ ES POSIBLE APLICAR
LA TEORÍA DE GÉNERO
EN CASOS DE
HOMBRES?**



¿ES POSIBLE APLICAR LA TEORÍA DE GÉNERO EN CASOS DE HOMBRES?

Licda. Gloria Edith Ochoa Zetino
(Coordinadora Unidad de Enfoque de Género IDPP)

EL presente artículo contiene el análisis de la construcción de la estrategia de defensa con perspectiva de género aplicable a caso de hombres, tópico que surge, pues constantemente en eventos académicos y a la coordinación formulan la interrogante, de si es posible aplicarla a hombres y para contestarla en este trabajo, se precisa el concepto de género, sexo y género, así como de la teoría y sus diversas categorías, dentro de ellas se considera el patriarcado, el machismo las relaciones de poder y otras, a través de la aplicación práctica de ellas, hemos comprobado la teoría de género, en el ámbito de la masculinidad.

En lo particular considero que es prioritario el desarrollo de políticas transversales, que contemplen los asuntos de género en el contexto de sus diferencias sociales, culturales, incidentes en el proceso penal, para que los defensores a través de sus estrategias multidisciplinarias impulsen en los actos judiciales un marco de referencia donde poder medir las diferencias y desigualdades entre hombres y mujeres y donde ellos mismos puedan ver el impacto que tales diferencias y desigualdades producen en uno y otro ámbito, con la clara intención de acabar con actitudes y conductas que lejos de reconocer derechos, resultan discriminatorias.

Las estrategias de defensa con perspectiva de género en el caso de hombres se han planteado en tribunales, de modo que puede sostenerse que al examinar las sentencias se pasa revista a aquello que, en un país dado, es de veras la justicia, no según sus textos legales sino como vigencia efectiva para los ciudadanos. Se le ha prestado mayor atención sobre todo

en el análisis de sentencias paradigmáticas; pues se tratan de sentencias con un marcado contenido innovador que revolucionan una línea jurisprudencial. Además de que son decisiones judiciales recaídas sobre casos con resonancia o interés públicos muy relevantes.

“¿Es posible aplicar la teoría de género en casos de hombres?”

Reciban un saludo cordial de la Coordinación del Enfoque de Género, así mismo tengo el agrado de escribir este artículo relacionado a una pregunta que constantemente me formulan: **“¿Es posible aplicar la teoría de género en casos de hombres?”**

Para dar respuesta a esta pregunta, hemos estudiado y analizado el concepto de género lo utilizamos tal y como su mayor exponente el psicólogo norteamericano Robert Stoller lo creó, en el sentido de **"gender"** o género sexual, el que hace referencia a la dicotomía sexual que es impuesta socialmente a través de roles y estereotipos, lo que hace aparecer a los sexos como diametralmente opuestos. Es así que a partir de una exagerada importancia que se da a las diferencias biológicas reales, se construyen roles para cada sexo.

La teoría de género no es sinónimo de sexo aunque muchas personas utilicen ambas palabras indistintamente. Menos aún es el género sinónimo de **"mujer"**. Es imprescindible que se entienda que, los hombres también responden a un género de manera que, cuando se dice que hay que incorporar el enfoque de género en caso concreto, no se está hablando de incorporar a la mujer, aunque el resultado de incorporar la visión de género, sea visibilizar a la mujer al hacer visibles las relaciones de poder entre los sexos, que es lo que cotidianamente sucede.

El desarrollo de una estrategia de defensa que tenga en cuenta la perspectiva de género, garantiza que las actuaciones del proceso penal, sean apegadas a las normas constitucionales y procesales relacionadas al respeto de los derechos fundamentales que le asisten a las mujeres o los hombres por su condición de tales.

Por lo anterior, a la hora de hacer una estrategia de defensa con perspectiva de género, aún y cuando sea hombre cobra la importancia los sesgos al incidir en los casos, pues ellos provocan que algunos hombres también delincan por cuestiones culturales, estructurales y hasta podría ser normativos, no podemos olvidar que no solamente por la naturaleza propia de las normas, sino sobre todo porque gran cantidad de conceptos jurídicos aparecen indefinidos y pueden ser objeto de variadas interpretaciones, toda persona que interpreta, va a responder en esa actividad, a su propia concepción ideológica; y por supuesto esta persona, al interpretar va a valorar, elegir y decidir basándose en sus patrones culturales o ideológicos, y con ello acarrear algún sesgo en contra del género masculino.

Cuando se incorpora la “**categoría género**”, no se agrega un anexo llamado “**mujeres**”, se pone el lenguaje en femenino, o se estudia la situación de las mujeres desde una supuesta perspectiva neutral. Bajo la perspectiva de género se estudian los obstáculos y consecuencias producto de la construcción de la masculinidad y la feminidad, y al mismo tiempo se visibiliza las relaciones de poder entre los sexos, clases, razas, etnias, edades, etc. Ello nos permite hacer un análisis desde la perspectiva de género de los hombres o desde la perspectiva de género de las mujeres o desde ambos.

Desde la perspectiva psicológica, se dice que el género es una categoría en la que se articulan tres instancias básicas:

a) **La asignación de género:** se realiza en el momento en que nace la criatura, a partir de la apariencia externa de sus genitales.

b) **La identidad de género:** es el esquema ideológico afectivo más primario, consciente e inconsciente, de la pertenencia a un sexo y no al otro. Se establece más o menos a la misma edad en que la criatura adquiere el lenguaje (entre los dos y tres años) y es anterior a su conocimiento de la diferencia anatómica entre los sexos. Una vez establecida la identidad de género, cuando un niño se sabe y asume como perteneciente al grupo de lo masculino y una niña al de lo femenino, ésta se convierte en un tamiz por el que pasan todas sus experiencias.

c) **El rol de género:** es el conjunto de deberes, aprobaciones, prohibiciones y expectativas acerca de los comportamientos sociales apropiados para las personas que poseen un sexo determinado.

La tipificación del ideal masculino o femenino es introyectada hasta el estereotipo, aunque en el desarrollo individual la futura mujer u hombre haga una elección personal dentro del conjunto de valores considerados propios de su género. No obstante, los roles y estereotipos de género tanto femeninos como masculinos están tan hondamente arraigados, que son considerados como la expresión de los fundamentos biológicos del género.

En resumen el concepto “**género**”, tal y como lo utilizo, se refiere a la construcción histórico-social que se ha hecho de las atribuciones y características sociales, culturales, políticas, psicológicas y económicas que se consideran definitivas de los hombres y las mujeres y de los comportamientos esperados de unos y de las otras en esta sociedad. Esta asignación de roles, actitudes, sentimientos, valores, conductas, creencias, cualidades, derechos, deberes y comportamientos impuestos y exigidos a mujeres y hombres, les hace aparecer no con características humanas comunes, sino con características diametralmente opuestas, abstrayéndolos así de los contextos sociales en que realmente viven.

El término **sexo**, lo utilizo en cambio, para referirme únicamente a las características biológicas que se han utilizado para distinguir a ambos sexos. Esas diferencias biológicas han sido utilizadas y tergiversadas para construir diferentes mitos sobre lo que debe ser un hombre y lo que debe ser una mujer, o lo que se podría llamar una **construcción social biologizada**. Se ha comprobado que lo determinante en la identidad sexual no es el sexo biológico, sino el hecho de ser socializado o socializada como perteneciente a uno u otro sexo. Es más, se dice que la asignación del un rol es más determinante en la consolidación de la identidad sexual que la carga genética, hormonal y biológica.

Morri Alii, refiriéndose a la teoría refiere “**Los seres humanos construyen teorías para así explicar, predecir y dominar diferentes fenómenos (cosas inanimadas, eventos, o el comportamiento de las personas y**

hasta de los animales).”¹ En muchas circunstancias, la teoría es vista como un modelo de la realidad. Una teoría hace generalizaciones acerca de observaciones y consiste en un conjunto coherente e interrelacionado de ideas y de ahí nos surge la necesidad de comprobar esta teoría pero en el género masculino, pues una teoría tiene que ser de alguna manera verificable; por ejemplo la hemos verificado y sobre todo en el tema del género femenino, pero que pasa con el género masculino?

Para ello utilizamos las categorías que se vale la teoría de género, los cuales hemos detectado algunos en casos de hombres haciendo la aclaración que las hemos utilizado de manera inversa es decir enfocado en el género femenino en relación al masculino algunas de ellas son: el **sexismo**, entendido como la creencia fundamentada en una serie de mitos y justificaciones que declara la superioridad del sexo masculino, creencia que resulta en una serie de privilegios para ese sexo que se considera superior. **El machismo**, son actos, físicos o verbales, por medio de los cuales se manifiesta de forma vulgar y poco apropiada el sexismo subyacente en la estructura social. **El familismo** Consiste en la identificación de la mujer con la familia, como si su papel dentro del núcleo familiar fuera lo que determina su existencia y por ende sus necesidades y la forma en que se la toma en cuenta, sobregeneralización, **androcentrismo** viene del griego Andros. Se refiere al hombre, por oposición a la mujer, y con cualidades de honor y valentía. Centrista, porque se le concede el privilegio al punto de vista del hombre como partida del lógico científico. Así, está considerado como centro del y equipara la humanidad con el hombre - varón. Una consecuencia del Androcentrismo es la ocultación de las mujeres, su falta de definición y la no - consideración de sus realidades **relaciones de poder**: Es todo tipo de relación de dominio que significa la capacidad de controlar y decidir en diferentes formas sobre la vida de la mujer sus hijos y o ancianos/as **patriarcado**: ideología que designa ventajas e injusticias que sufren algunas personas debido a prácticas cotidianas en la sociedad.

¹ Morry Alii, El pensamiento completo como método de aprendizaje del error y la incertidumbre humana editorial de la universidad Valladolid, UNESCO 2002

Es inferiorizar, subordinar, inmovilizar a éstos grupos. **Doble moral** enfocados en los roles femeninos, que no puede ejercer la mujer por el hecho de ser mujer.

De esta manera, las categorías vistas a la inversa permite establecer que el Derecho distingue entre los diversos actores sociales o sujetos de derecho, y ayudan a construir una sociedad de sujetos con poderes, competencias, derechos, privilegios y prerrogativas diferentes y, en consecuencia, con accesos diferenciados a los mecanismos de poder y a los recursos de la sociedad independientemente que sea hombre o mujer. Y así podemos decir que hemos interpretado que los contenidos de las normas pueden influir en el contenido de las conciencias, es decir, pueden afectar cómo la gente percibe y evalúa la realidad y viceversa. Por otro lado, el Derecho induce a determinadas prácticas, entre otras formas, mediante el acatamiento de las normas, que pueden terminar condicionando la forma de ver y evaluar el mundo de quienes incurrir en ellas.

Esta estrategia de transversalización de la masculinidad incluye actividades específicas en el ámbito de la igualdad, ya sean los hombres o mujeres, que se encuentren en posición de desventaja. Las intervenciones específicas para la igualdad pueden orientarse a las mujeres exclusivamente, a las mujeres y a los hombres al mismo tiempo o únicamente a los hombres, con el fin de que puedan participar en la labor de desarrollo y se beneficien de ella por igual. Se trata de medidas provisionales necesarias, concebidas para luchar contra las consecuencias directas e indirectas de la desigualdad.

Aunque no constituye una categoría cerrada, sino en pleno desarrollo, como vemos la perspectiva de género favorece el ejercicio de una lectura crítica y cuestionadora de la realidad para analizar y transformar la situación de las personas. Con este análisis hemos creado nuevas construcciones para que hombres y mujeres visualicen su masculinidad y su femineidad a través de vínculos no jerarquizados ni discriminatorios.

Partiendo de este marco teórico, de los diecinueve mil seiscientos veinticuatro casos de hombres, que atendió el instituto en el año dos mil

nueve², hemos planteado en tribunales tres estrategias en que la hipótesis gira en torno al caso de hombres que delinquen por cuestiones de género, dentro de ellos el caso de don **Jaime Alberto Pineda del Cid**, causa penal 1619-2007 enviado a esta coordinación por la sede Mixco, se le imputo la muerte de su conviviente, su hija y la tentativa de parricidio de su hijo, como recordaran fue un caso de impacto, con la intervención mediática muy fuerte, paralelamente a ella las organizaciones sociales de mujeres que pedían la pena de muerte.

Luego de los resultados de los informes de psiquiatría, psicología, trabajo social y el peritaje de género y después de mucho análisis se definió el sesgo de género el **“Patriarcado”**, es muy importante que se entienda que las mujeres comparten el machismo cuando no están conscientes de las estructuras de género por ende interiorizan los valores sexistas de la sociedad, a través de la crianza machista de sus hijos, quienes en edad adulta reproducen estos sesgos, generando en algunas ocasiones, violencia intrafamiliar pero en este caso a la inversa, **“hacia el hombre”** veamos: se partió de la hipótesis³ de que el señor Pineda debido al desplazamiento sufrido por su familia al haber dejado de ser el sustento económico del hogar lo habían llevado a cometer la acción delictiva imputada, debido a que la sociedad a asignado a los hombres este rol de proveedores, lo que hubiera podido llevar al sindicado a la situación emocional y psicológica en que se dió el desenlace de los hechos. Para lo cual se procedió a realizar un análisis de las declaraciones testimoniales de la familia del señor Pineda en donde encontramos que en su familia, por no ser la persona que proveía a la economía del hogar fue perdiendo autoridad hasta convertirse en una persona ajena a la familia no obstante que se le permitía habitar la casa, se le veía como un objeto más dentro de la misma, pues en las mismas declaraciones se evidencia que sus mismos hijos manifiestan expresiones como: **“se robo los nachos”**.

² Informe estadísticos del Departamento de Planificación del instituto de la Defensa Pública Penal.

³ Dictamen de género de fecha 30.05.2008 defensora facilitadora del enfoque de género Licda Jeidy Estrada

Toda esta situación que tanto el sindicato como su hijo e hijastras narran lo llevo a la situación emocional en que se encontraba al momento en que sucedieron los hechos tal como lo manifestará la psiquiatra Astrid Otten en la mesa redonda multidisciplinaria realizada el 13 de mayo del año 2008: **“estado de emoción violenta”** y **“presenta rasgos paranoicos”** lo cual fue confirmado por la Psicóloga del sistema penitenciario Carol Ordóñez. El informe psiquiátrico de la Dra. Otten indica en el área de comentarios de su informe que el sindicato no planifico el crimen⁴. Estos hallazgos nos permitieron considerar que es procedente el enfoque de género en el caso del señor Jaime Alberto Pineda del Cid en relación a que la construcción social en torno al sexo que le da a los hombres el rol de proveedores fue lo que lo llevó a la situación emocional en que se encontraba al momento en que sucedieron los hechos, en el ámbito penal se sostuvo el estado emocional violento, con los informes de psicología y psiquiatría pues nunca se negó la existencia del delito pero si la participación atenuada por el estado emocional violento.

La experta en género ratifico su peritaje y dijo: El señor Jaime Alberto Pineda Del Cid, es ubicado desde la perspectiva de género como el hombre que fue educado bajo un parámetro de familia determinado con la posición de cada uno de sus integrantes en un lugar particular por su sexo, y que identifica la figura masculina como quien ejerce el poder y provee a la familia. El señor Jaime Alberto Pineda Del Cid, basa la relación con cada persona de su familia a través del poder económico, el cual un día pierde y no estaba preparado para asumir con todas las consecuencias lo que significaba, ni para retomar sus actividades productivas que no fueran las mismas en las cuales se había iniciado desde muy corta edad, lo que lo hace sentirse anulado e ignorado dentro de su misma familia. Fue sujeto a un cambio de vida que lo imposibilitó para poder sostener el rol asignado por la sociedad y la familia y ante tal situación se desencadena un ciclo de violencia dentro de la familia, que ninguno/a de sus integrantes abordó para darle el tratamiento profesional que ameritaba⁵.

⁴ Dictamen Psiquiátrico Astrid Otten

⁵ Peritaje de Género, Milagro López Aguilar, de fecha 2.06.2008.

Y así los informes relacionados a través de la historia de vida del imputado llevaron a plena certeza del tribunal y por ende un fallo condenatorio prisión que si bien es cierto fue de ciento treinta y dos años prisión, también es cierto que no impuso la pena de muerte que reclamaba la sociedad civil y el Ministerio Público.

También es muy frecuente que las mujeres sean sexistas porque conscientemente creen que la violencia intrafamiliar es algo normal. Pero por más machista o sexista que sea una mujer, nunca se beneficia, ello quedo comprobado con el caso de **Vitolino Chub**, según proceso penal 02-09, fue sindicado del delito de parricidio, en el departamento de Peten, porque le dió muerte a su padre, por defender a su mamá de la golpiza que le estaba dando.

A pesar de ser hombre se demostró que hay ocasiones en que ellos también pueden actuar ilícitamente arrastrados por cuestiones de género.

El caso de Vitolino, es un hombre, que las circunstancias culturales lo arrastraron a la acción delictiva ello permitió elaborar la estrategia de defensa desde la perspectiva de género, se basó en que desde los tiempos más remotos la violencia ha estado enraizada en las más profundas tradiciones del dominio masculino, sintiéndose incluso como algo asumido dentro del ámbito familiar como la solución interna de conflictos domésticos.

Se dictamino⁶ que la violencia es una vieja fórmula a la que han recurrido y siguen utilizando determinados hombres para mantener privilegios fundamentados en la religión, las tradiciones y reglas claramente vulneradoras de los más esenciales derechos humanos reduciendo a la mujer a un mero objeto al servicio del hombre. Al hacer un estudio del proceso que se instruye en contra de Vitolino nos encontramos con que estas relaciones producen confusión entre sujeto activo y sujeto pasivo, al momento de la comisión del hecho delictivo, pues la familia estaba inmersa en la violencia intrafamiliar, podemos asegurar que en realidad esta relación es, de

⁶ Dictamen de género de fecha 06.111.2009 suscrito por Licda Gloria Edith Ochoa Zetino

estrecha intimidad, por los vínculos paréntales, pero emergida en la disfuncionalidad familiar, y en los efectos de la violencia intrafamiliar, que produce un cúmulo de tensión no solo en la mujer agredida sino en sus hijos como víctimas colaterales de la violencia.

Según los hechos sucedieron el día veinticuatro de diciembre del año dos mil ocho, aproximadamente a la una de la mañana se encontraba en su casa de habitación cuando llegó su papa, el señor José Choc Botzoc, con un machete en la mano comenzando a golpear a su mamá Tecla Sub Cacau, es aquí en que interviene Vitolino en defensa de su mamá, quien sucedido el hecho delictual, la víctima pasa a ser el sujeto activo, mientras que el victimario se convierte en víctima de sí mismo, pues con su actuar propicio la acción delictiva.

El informe de trabajo social, suscrito por la Licenciada Gilda Dolores García, nos da cuenta que Vitolino es un joven del área rural, de buenas costumbres, trabajador, consta que desde pequeño asumió el rol de proveedor pues su padre no aportada ningún recurso económico a su casa, el informe de trabajo de campo es revelador sobre la violencia intrafamiliar al respecto dice: **“el patrocinado sus hermanos madre en su hogar núcleo, desde pequeño sufrió de violencia física, verbal o psicológica y patrimonial por parte de su progenitor quien frecuentemente arremetía contra estos en estado etílico, lo cual hacia aún más fuertes las relaciones afectivas entre madre e hijos.”**⁷ En ese sentido el doctor Rodríguez Manzanera afirma: **“si se pretende cargar la relación delincente víctima es necesario integrarla en el conjunto del delincente y su esfera social.”**⁸ En otras palabras una visión parcial del sujeto pasivo o del sujeto activo, necesariamente conduce a resultados parciales. Infiero por ello que es necesario abarcar la relación sujeto activo sujeto pasivo como una unidad.

⁷ Informe de trabajo social suscrito por la Licenciada Gilda Dolores García Navarrete.

⁸ Rodríguez Manzanera Luis, legitimación de la Victimología, 1° edición, editorial Marte, México, D.F. 2001, p. 66

El señor Chub es la causa del delito, pues el centro de la relación lo ocupa una vinculación personal nacida de una fijación psíquica o física, mediante utilización de distintas formas de violencia intrafamiliar, durante dieciocho años esto es: abuso físico, emocional mediante el empleo de la fuerza y violencia económica contra su madre doña Tecla, al no proveer sustentos a ella y sus nueve hijos, violencia intrafamiliar que como sabemos habitualmente se ejerce desde el padre hacia los más débiles esposa e hijos.

Según consta en la entrevista realizada por el Licenciado Fuentes psicólogo, se colige que fueron víctimas de violencia intrafamiliar incluso momentos antes que el hecho delictivo sucediera por ejemplo Vitolino cita en su narración los siguientes hechos: **“Estoy en mi casa y mi mamá y todos estamos dormidos, creo llego lastimado un poco... de una patada abrió la puerta y entro a patear a mi mama...tenía a mi hermanito de 9 meses cargado... yo le dije no le pegues... les dije a todos salgan se quedaron solos dentro de la casa, me fui al patio y él fue ha agarrar el machete yo se lo quite. Cuando sentí le di por miedo, yo no pensaba nada cuando se cayó yo tenía mucho miedo, me fui con el alcalde y le dije parece que mi papá se murió”** a esto doctrinariamente se les conoce como: **“víctimas predispuestos”**, En ese sentido, el doctor Luis Rodríguez Manzanera habla de ciertos caracteres comunes entre los sujetos asociados a ciertos patrones de conducta y actividades que pueden influir en la generación de actos violentos tanto desde el punto de vista de la quien los comete como de quien los soporta al respecto dice: **“Características entre agresor/víctima, machismo, la indefensión aprehendida y los ciclos de violencia son elementos que pueden determinar la generación de actos violentos.”**¹⁰

La categoría del **“familismo”** y el **“síndrome de mujer agredida”**, cobran importancia, en el caso de la madre de Vitolino, por ejemplo, quien

⁹Informe de psicología, suscrito por el Licenciado Rodolfo Fuentes Aqueche, 23.04.2004

¹⁰ Rodríguez Manzanera Luis, legitimación de la Victimología, 1° edición, editorial Marte, México, D.F. 2001, p. 66”.

su reacción era de darse por vencida, de no asumir ninguna responsabilidad, a no responder a las constantes golpizas y maltratos psicológicos, como consecuencia de tener la creencia de que cualquier cosa que haga, ya sea cuando es maltratada o posteriormente, carecerá de toda importancia, el desamparo aprendido también nos explica porque las mujeres no abandonan ese estilo de vida. Las víctimas colaterales como son los nueve hijos de la señora Tecla, en donde uno de ellos el mayor responde ante la agresión. Se podría decir entonces que sus intereses y por lo tanto, la responsabilidad de cada uno de ellos son inversamente proporcionales a la del otro, es decir, la de la víctima (defender de la agresión) y la del victimario (agredir). Es lícito y obligado valorar las conductas concurrentes de todos los protagonistas del hecho, incluida la propia víctima, desplazando así el tema desde el plano de la culpabilidad al de la causalidad o, si se prefiere, desde el ángulo de la imputación subjetiva al de la imputación objetiva que le es más propio, aunque con la inevitable repercusión de éste en el primero, hasta el punto de que si la actuación del sujeto ahora pasivo de la infracción se estima como causa decisiva y eficiente del resultado, utilizando la victimodogmática como teoría paralela incidente, por ello, habrá de reputarse la conducta del sujeto activo justificada si las conductas del imputado y de la víctima se revelan igualmente favorecedoras del resultado. Para concretizar, ello estudiamos minuciosamente, en sus relaciones familiares antes y después del delito, sólo así se logró realizar un juicio adecuado para la configuración de la estrategia con Enfoque de Género a favor de Vitolino.

El juzgador en este caso resolvió:¹¹ A las declaraciones de los peritos **LICENCIADO RODOLFO FUENTES AQUECHE Y LICENCIADA MILAGRO LOPEZ AGUILAR**, quienes en la audiencia del debate, ratificaron los informes emitidos por ellos oportunamente, este Tribunal les confiere valor probatorio, por que, a pesar de ser ampliamente cuestionados por las partes, fueron convincentes, al afirmar ambos, el estado emotivo en el cual se encontraba el acusado en el momento de la comisión del hecho delictivo,

¹¹ Tribunal de sentencia, de San Benito, Petén, de fecha 18-02.2010

defendiendo la vida de su señora madre, lo cual fue determinante debido a las circunstancias en que sucedió el hecho. Así mismo, lejos de dejar dudas a este Tribunal, con respecto al comportamiento del acusado, en relación al dolo, nos dieron certeza de que el mismo había actuado, como consecuencia de la agresión ilegítima de que había sido objeto su progenitora, cuando el agraviado ingreso en forma violenta y portando un machete a la residencia con el animo de eliminar físicamente a la señora Tecla Sub Cacao. Por las razones aquí analizadas se les confiere valor probatorio a las declaraciones de dichos expertos... al resolver, **DECLARA: I-) ABSUELVE** al procesado **VITOLINO CHOC SUB** y/o **VITOLINO CHOC SUB**, del delito de **PARRICIDIO**, cometido en contra de la vida del señor **JOSE CHOC BOTZOC**, por falta de prueba y lo considerado; **II)** Encontrándose guardando prisión dicho incoado, se ordena su inmediata libertad, debiéndose oficiar para el efecto a donde corresponde...

Por otra parte también hemos diseñado estrategias de defensa con perspectiva de género, de carácter estructural, partiendo de la eficacia de que cualquier ordenamiento jurídico depende, en gran medida de la forma como funciona la administración de justicia Si bien es cierto, que el derecho se expresa en leyes y códigos que emanan de los órganos legislativos, su eficacia en definitiva está sujeta y depende de la forma en que dichas leyes y códigos son interpretados y aplicados por los tribunales. La cuestión que merece en este punto llamar la atención, es precisamente, que la forma de interpretar es una construcción social, basada en el sistema patriarcal, por lo que inconscientemente, la percepción y la influencia “**androcéntrica**,” resulta reflejada en algunos delitos sindicados a hombres, como en el caso de don Eddy Medrano Romero 1041-2008, de Malacatan San Marcos, sindicado del delito de violencia contra la mujer, al entrar al historial de vida de ambos, padre e hija se terminó de manera científica con informes de trabajo social psiquiatría y psicología peritaje de género, que los hechos imputados no eran ciertos.

El planteamiento de la hipótesis fue que en las sociedades contemporáneas ha surgido un preocupante fenómeno conocido como la “**judicialización de las relaciones familiares**”, manifestándose principalmente mediante la utilización exacerbada de la solución punitiva

formal en los diferentes conflictos sociales, el caso del señor Medrano, al conocer el historial de vida establecimos que es de reconocida honorabilidad en el ámbito, laboral, familiar y cultural, según consta en el informe social emitido por la Licenciada Norma Orozco quien en su tercera conclusión asegura: ...”Y es ampliamente conocido como una persona honrada trabajadora de buenas costumbres...” en cuanto al perfil psicológico ...No existen criterios diagnósticos para clasificar a paciente con trastorno o disfunción sexual... al entrevistar al procesado considera que todo es un mal entendido en relación al hecho indico: Que su hija. Xxx se encuentra en la adolescencia y que no han podido controlar el periodo de rebeldía que atraviesa... que la niña sale de su casa y ha tenido varios novios, pero en lo particular no ha atentado en contra de su menor hija... aunado a lo anterior el analista de información Erick Teni arriba a la conclusión que las personas Edwin y la niña supuesta víctima quienes son hijos del sindicato, sostenían una relación amorosa, ya que en varias oportunidades fueron vistos en lugar conocidos como la toma y lugares varios de la zona central del municipio de Santa Catarina San Marcos, esto según lo manifestado por las personas entrevistadas.... Con esta información resulta imposible subsumir los hechos en los delitos imputados y queda demostrado que el fenómeno de la feminización implica un desmesurado daño social, por el uso simbólico e instrumental excesivo del sistema penal, el que provoca un mayor deterioro social, que el que se pretende solucionar. Saltan a la vista las revictimizaciones, que provoca el Sistema Penal, por un lado el señor Medrano, enfrentando un proceso que sufre en buena medida, la gravedad, pesadez y trascendencia del instrumento penal –privación de libertad- y por otra parte la supuesta víctima que necesita apoyo psicológico para corregir un posible el trastorno de personalidad atravesado por la adolescencia. Por ello, soy del criterio que, el derecho penal, solo debe ser aplicado como respuesta reactiva cuando sea inexcusable como manifestación de una justificada protección.

El sesgo analítico en este sentido debe encaminarse a que realmente logre cumplir funciones de protección, orientación y prevención, mediante otras disciplinas del derecho y se debe evitar cualquier sobredimensionamiento de las capacidades reguladoras penales, el juzgador en este caso resolvió¹² : ...Para llegar a la plena certeza que los hechos sucedieron tal y como fueron definidos en la plataforma fáctica, es necesario analizar la serie de proposiciones que de la misma están conformada, y al confrontar el hecho a la luz de la teoría del delito debemos partir del primer elemento como lo es el de la acción, y en este analizar si fue desplegado alguna acción externa traducida en un hacer penal relevante en el presente caso existe un hecho, como lo es la desfloración reciente presentada por la agraviada y los signos clínicos de traumatismo genital al momento de ser evaluada por el medico forense Jorge Destarac Godoy, que solo ofrece la remota probabilidad de haber sido consecuencia de una conducta pero que no se acredita con los medios de pruebas que fueron valorados que tal conducta ha sido desplegada por el procesado o por otra persona con el dolo que requieren los tipos penales que se les imputan al procesado por el Ministerio Publico, por lo que ni siquiera se puede entrar a considerar que tal hecho sea consecuencia de un acto ilícito, existiendo entonces una duda razonable en cuanto a establecer que persona o personas participaron en el, y en ausencia de prueba idónea y contundente que confirme el contenido en la plataforma fáctica esgrimida por el ente fiscal, para los miembros del tribunal es materialmente imposible analizar los otros elementos del delito, pues no se tiene certeza de que el procesado realmente haya cometido o participado en los hechos por los que fue acusado, y en acopio de un Dubio Pro Reo, interpretado este a su favor, debe absolverse por los ilícitos penales imputados en virtud de no haberse podido establecer los hechos descritos en la plataforma fáctica y el nexo causal entre el autor, hecho y consecuencia jurídica. En la parte resolutive de fallo se lee: se absuelve a Eddy Medrano de todo cargo... ordénese su inmediata libertad.

En conclusión: Como vemos, si es posible aplicar el enfoque de género a las estrategias de defensa, en caso de hombres, se les recomienda a los defensores estudiar multidisciplinariamente y aplicarlo cuando el caso lo amerite.

¹² Sentencia causa 16-2009 oficial primero del tribunal de sentencia de San Marcos.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

Morry Alii,

El pensamiento completo como método de aprendizaje del error y la incertidumbre humana editorial de la universidad Vallalodid, UNESCO 2002

Rodríguez Manzanera Luis,

Legitimación de la Victimología, 1° edición, editorial Marte, México, D.F. 2001, p. 66

DICTAMENES

- Dictamen de género de fecha 30.05.2008 defensora facilitadora del enfoque de género Licda Jeidy Estrada
- Dictamen de género de fecha 06.11.2009 suscrito por Licda Gloria Edith Ochoa Zetino

INFORMES

- Informe Psiquiátrico Astrid Otten
- Informe estadístico del Departamento de Planificación del instituto de la Defensa Pública Penal
- Informe de trabajo social suscrito por la Licenciada Gilda Dolores García Navarrete.
- Informe de psicología, suscrito por el Licenciado Rodolfo Fuentes Aqueche, 23.04.2004
- Peritaje de Género, Milagro López Aguilar, de fecha 2.06.2008

SENTENCIA

- Sentencia Tribunal de sentencia, de San Benito, Petén, de fecha 18-02.2010
- Sentencia causa 16-2009 oficial primero del Tribunal de Sentencia de San Marcos.
- Sentencia Del Tribunal de Mixco.

APROXIMACIÓN AL ENFOQUE PSICOJURÍDICO EN CASOS DE VIOLACIONES GRAVES A DERECHOS HUMANOS



“APROXIMACION AL ENFOQUE PSICOJURIDICO EN CASOS DE VIOLACIONES GRAVES A DERECHOS HUMANOS”.

Lic. José Alfredo Aguilar Orellana
(Docente UNIFOCADEP)

Consideraciones generales

Dentro del proceso penal se advierte en la generalidad de los casos, dos sujetos importantes, como lo son el sindicado y la víctima, lográndose a través de varios siglos, un garantismo a favor del primero. Por su parte y respecto a la víctima, estudios victimológicos han logrado ilustrar el desamparo de la víctima ante el hecho delictivo y sus consecuencias, por lo cual se reclama la necesidad de visibilizarla en el entorno del sistema de justicia, ya sea promoviendo programas de asistencia y compensación, o bien incidiendo en el tratamiento procesal equitativo de las mismas.

En ese entorno, se desarrollan procesos penales a diario. Algunos de esos procesos relativos a delitos de menor gravedad y otros de mayor gravedad. Dentro de los de mayor gravedad encontramos aquellos que corresponden a la Tortura, La Desaparición Forzada, el Genocidio, y otros.

Para que la víctima no quede marginada, especialmente en esos casos de gravedad, debe fortalecerse el litigio a través de nuevas estrategias que permitan a aquella, sobrellevar el litigio con la menor afectación posible.

En ese sentido, el litigio debe constituir un proceso reparador en si mismo y cualquier estrategia que se diseñe debe buscar la mayor cobertura a la víctimas y sus familiares, quienes se convierten en el fin primario de la justicia que aspira a preservar la dignidad de la persona. Un sistema de justicia poco funcional, seguro va “apañar” la infracción primaria y con ello institucionaliza la victimización secundaria.

Proceso reparador, en el sentido que el daño y el dolor rompen con su privatización, pues ya no le pertenece solo a la víctima sino a la humanidad.

Los actores en nuestro sistema procesal penal, mantienen una conducta positivista, lo que no permite visualizar la realidad dolorosa y compleja de la víctima. Por ello las propuestas interdisciplinarias, buscan plantear nuevas alternativas para captar esa realidad, la cual debe atender el sistema de justicia en el diario desenvolvimiento de aquel proceso.

Cada disciplina posee sus propias fases y dinámicas lógicas, y en la medida en que se tenga claridad en ellas, podrán relacionarse y articularse con otras. Una de esas interdisciplinas, la constituye la ciencia jurídica y la ciencia psicológica, las cuales al concatenarse, sin perder su autonomía, nos brindan la perspectiva psicojurídica.

La interdisciplinariedad surge cuando cada equipo desde su especialidad coexiste y cada uno de ellos produce una comunicabilidad tomando en cuenta un fenómeno en común. Este fenómeno son los actos lesivos a la persona humana que constituyen delitos o crímenes.

La perspectiva psicojurídica, propone develar la necesidad de que las víctimas reciban un apoyo integral, en el cual ya no solo se prevea la existencia del equipo legal, sino que exista también el equipo psicológico que permita acompañar a la víctima en función de su propia defensa y permita la contención de la misma en momentos procesales álgidos.

Es de advertir que no se trata de un simple acompañamiento, se trata de crear una estrategia psicojurídica para el litigio de casos que permita el apoyo integral de las víctimas e incidir en la comprobación del daño, reparaciones y otras. Por ello la perspectiva relacionada, no solo otorga un panorama más integral del proceso sino que, en su impulso permite que el proceso sea en sí mismo reparador y no revictimizante, es decir, que la víctima no sufra nueva e intensamente con su experiencia en soledad, sino que al contrario, pueda iniciar el proceso de liberación mediante su declaración y sentencias que atiendan su situación.

No es lo mismo que un profesional del derecho defina una estrategia de contención de la víctima, cuando a ésta se le haya citado a prestar declaración testimonial, a que la estrategia sea definida por el profesional de la psicología y aún mejor por ambos.

La estrategia jurídica no es la receta para resolver todos los problemas del litigio, tampoco la psicológica, por lo tanto, no debemos olvidar que, aun cuando esas disciplinas coexistan, habrá otros tipos de problemas que no podrán resolverlas, tal el caso de la situación económica de la víctima, en cuanto a su precariedad para poder comparecer al litigio, las condiciones sociales, etc., precisamente para incidir en el abordaje de estas temáticas, también es necesario la intervención desde el ámbito psicosocial.

En suma, se trata de que la víctima ya no sea objeto pasivo del proceso, sino que se constituya en un actor procesal, buscando siempre su reparación. Se trata de velar por el cuidado emocional de las víctimas, atendiendo a un enfoque integral del caso.

Un primer enfoque del caso, deberá hacerse desde la arista jurídico, en la que el profesional jurídico, define su estrategia jurídica, la cual debe ser orientada por fases, etapas o momentos procesales, así tendremos que en la etapa preparatoria, tendremos definida nuestra estrategia, en la etapa intermedia, tendremos definida también otra estrategia y así sucesivamente. Esta estrategia jurídica permite entre otros, la demostración en el ámbito penal de la existencia del hecho y la responsabilidad de las personas a quienes se les atribuye la comisión de delitos o crímenes. El jurista debe informar a la víctima, lo que significa el procedimiento legal, las etapas y efectos del litigio. Nuestro objetivo será buscar esencialmente justicia y reparación. Se trata de encuadrar las experiencias traumáticas de la víctima a cánones jurídicos, la cual será su base de argumentación, por ello debe ajustarse a códigos formales. Ese encuadramiento debe realizarse de manera objetiva entre lo regulado en la norma y los hechos debidamente sustentados y demostrados para obtener el mayor beneficio a las víctimas. Como vemos, el equipo legal en los momentos álgidos, esta concentrado en el diligenciamiento y análisis de los medios de prueba, de como el Estado

responde y aborda el caso, las intervenciones, los interrogatorios, etc., sin embargo, no pueden atender a la víctima, sobre aspectos emocionales.

Un segundo enfoque del caso, se hará desde la arista psicológica, en la que el profesional de la psicología, define también su propia estrategia, que será orientada fundamentalmente a la evaluación del daño psicológico y al acompañamiento emocional e intervención de las víctimas y sus familiares, si fuere el caso, ayudándoles a esclarecer sus vicisitudes acerca del litigio, despejando temores, angustias, así como ordenar mentalmente toda la experiencia; en otras palabras, prepararlas emocionalmente para vivir y sobrellevar el litigio, que como sabemos produce una victimización secundaria.

La presencia del Psicólogo no se circunscribe a ello únicamente, por cuanto que dicho profesional, asimismo, emite peritajes psicológicos que ilustran al órgano jurisdiccional sobre el daño a la víctima, sus familiares y a la sociedad, por ello tal erudito, también apoyara al profesional del derecho para que éste último pueda definir en el ámbito psicológico todo lo relacionado a la demostración de los hechos, las consecuencias psíquicas y aquellas que interesan al proyecto de vida. Es decir, demostrar el sufrimiento de la víctima y las secuelas que produjo el hecho alterando su psiquismo.

Finalmente surge el tercer enfoque que constituirá la arista psicojurídica, la cual pretende definir en que etapas, fases o momentos será necesario que coexistan ambas disciplinas, respetando la autonomía de cada profesional.

¿Qué es la perspectiva psicojurídica?

La perspectiva psicojurídica, puede entenderse como la búsqueda sistemática de integración de teorías, métodos, instrumentos y en general, formulas de acción científica de diferentes disciplinas a partir de una concepción multidimensional de los fenómenos, y del reconocimiento del carácter relativo de los enfoques científicos por separado. Estos enfoques

permiten acercarse a un mismo fenómeno desde distintos aristas, ofreciendo de este modo una ilustración y explicación más veraz y enriquecedora.

Este enfoque pretende que la víctima este preparada para afrontar el litigio, transmitir con claridad al sistema judicial lo que ha vivido, lo que el desea en ese momento y lo que espera del futuro, así como la protección y asistencia que debe brindársele en ese largo camino procesal, [plagado de sufrimientos]. Esta comunicación necesita de reglas claras en los procedimientos judiciales.

De hecho, Guatemala con las recientes reformas al Código Procesal Penal, contenidas en el Decreto 18-2010, posibilita la incursión de la víctima agraviada en ese escenario. El artículo 117 del Código Procesal Penal reformado mediante Decreto 18-2010, regula que el agraviado, aún cuando no se haya constituido como querellante adhesivo de conformidad con el referido Código tiene derecho -entre otros- a:

- a ser informado sobre los derechos que le asisten en el procedimiento penal;
- *a recibir asistencia médica, psicosocial, o cualquier otra que tenga por objeto reducir las secuelas del hecho delictivo;*
- a recibir resarcimiento y/o reparación por los daños recibidos;
- *a que existan mecanismo que disminuyan los riesgos de victimización secundaria durante el proceso penal.*

Se sugiere que la incursión en este enfoque y al fijar la ruta de acción, se inicie a partir de **la entrevista** con la víctima para informarle acerca de lo que constituye la violación de sus derechos, siguiendo por la estrategia de **denunciar y constituirla como parte procesal**, solicitar la practica del **peritaje psicológico**, continuando con el abordaje de la **declaración testimonial** dentro del proceso y llegar incluso hasta después de la sentencia con el fin de prepararla sobre los efectos, en cuyo momento deberá ser asistida por un profesional en las ciencias Psicológicas, para brindarle tratamiento que permita sobrellevar su vida y reinsertarlo a su comunidad.

En caso de promover la denuncia, esta no se circunscribe a un mero hecho formal, debe existir un estudio jurídico y psicológico, por cuanto que, solo la circunstancia de tomar la decisión de denunciar tendrá sus repercusiones. La víctima puede estar segura a denunciar, pero no estar clara sobre los efectos; por un lado se liberará como también a otras personas para que puedan presentar su denuncia, pero por otro lado, esto implicará un camino difícil, en el cual habrán momentos de desbordamiento emocional, persecución etc. dentro del cual se necesitará acompañamiento medico y psicológico, entre otros.

En la ruta del litigio, resulta fundamental para llevar adelante la estrategia psicojurídica, el acompañamiento psicológico.

El Acompañamiento Psicológico, puede a su vez, abarcarse en varios aspectos fundamentales:

Se estima que el primero lo debe constituir la “Entrevista”, es decir la interactuación entre los equipos legales y psicológicos con la víctima para obtener el dicho de la misma. En esta actividad debe analizarse y prever las incidencias desde los contextos *pre* (objetivos, comportamientos, contención, etc.), *durante* (comportamientos, contención, etc.) y *post entrevista* (expectativas de la víctima respecto a la audiencia, el litigio en general y especialmente la sentencia), para delimitar que acciones son necesarias en cada momento.

La entrevista puede ser individual o grupal, llegando incluso hasta la dramatización de la práctica del peritaje o de la futura audiencia.

El acompañamiento también esta presente en el peritaje psicológico. Por ello el segundo aspecto relevante es el Peritaje, para la litigación de casos de Tortura y Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes. Su importancia radica por la información científica que provee al proceso, especialmente en las audiencias, en las cuales ilustrará jurídicamente -al órgano competente-, de lo que estamos hablando, y con ello determinar los elementos constitutivos y diferenciadores de una tortura u otros malos

tratos; también nos permitirá determinar si nos encontramos ante una tortura de carácter psicológico, y en el caso de concurrir afectaciones físicas y psicológicas, cual es la que se debe considerar la más grave, etc. Pero los fines del peritaje se concatenan con la aplicación de herramientas psicológicas las que también persiguen fines que permitan entre otros la contención emocional. *“...se presentó un peritaje psicológico ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para tal efecto, no hubo un documento escrito y la opinión de la psicóloga experta se fue estableciendo en una serie de sesiones individuales (con quienes fuimos testigos: mi mamá, mis hermanas y yo) o grupales (con toda la familia). En la primera reunión grupal que se sostuvo con la psicóloga, Alicia Neuburger, fue descrito el litigio y se nos explicó nuestro papel en la audiencia. Nuestro trabajo con la psicóloga fue determinado por varios factores, uno de ellos fue el contexto de tensión y angustia vivido antes y durante la audiencia, un periodo que fue muy angustioso y desgastante; otro, nuestra reticencia a hablar de lo sucedido. El proceso, por sus propios requerimientos, nos llevó a entablar esta relación cuyo impacto he descrito como en términos de abandonar el silencio en el que nos refugiábamos por años y a colocarnos en el escenario público. El contenido del peritaje consistió en hacer referencia o en reproducir lo que habíamos informado en las sesiones individuales previas, traducéndose en la alusión abundante a las reacciones y los comportamientos enfermizos que vivimos principalmente en periodos posteriores al hecho trágico. Desde mi perspectiva, la intervención fue tangencial; esta opción de presentar los daños con sumo detalle, unida al escaso tiempo dado durante la audiencia, no solo para esta intervención sino para todas las demás, le impidió a la experta profundizar en aspectos ingentes -las líneas gruesas- como la pérdida del proyecto de vida tanto en el nivel individual como en el familiar. Esto fue experimentado en un primer momento como la pérdida de empleos, espacios personales y sociales (la casa, el lugar de trabajo, el lugar de estudio) y las relaciones sociales y familiares, con lo cual se truncaron los procesos vitales de cada una de las hijas y de nuestros padres como pareja. En todo este tiempo, se dio además la desintegración de la familia, hecho que con el exilio -que nos llevó a países diferentes- se tradujo en una distancia física insalvable debido a la precariedad económica. Si al principio (cuando aún estábamos en Guatemala) tratábamos de evitar la cercanía,*

en los primeros años del destierro, aunque nos hubiésemos querido ver, eso no era posible. El peritaje abundó sobre la excesiva culpa que se percibió en nosotras, autoinfligida o mutua, y abordó su dimensión individual, dado que la opción de análisis no abarcó el aspecto social, que fue tratado por Carlos Beristain, otro de los peritos de nuestro caso. Se hizo énfasis en detalles aislados y no en procesos; detalles como el odio que siente mi madre hacia los perpetradores, que es el nombre que ella le pone a los sentimientos de impotencia y frustración que le produce la búsqueda infructuosa de su hijo desaparecido”¹.

El Peritaje mismo u otro Peritaje deberán proporcionar los elementos para establecer una valoración de los efectos de la tortura u otros malos tratos, para proceder a la reparación del daño en toda su dimensión, especialmente el daño moral y con ello incidir en el ánimo del juzgador sobre la verdad de los hechos y de los efectos que produjeron en las víctimas. “De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana el Daño Moral resulta principalmente de los efectos psicológicos, de la afectación de expectativas y proyectos, el padecimiento y sufrimiento de los familiares, así como el menoscabo de valores muy significativos para las personas”. (Nash, Claudio. Chile, 2004)”.

El tercer aspecto lo constituye la presentación de los testimonios de las víctimas, que al igual que el anterior, debe abordarse en tres momentos. El primer momento lo constituye la preparación del testimonio. La preparación debe estar orientada en primer lugar a determinar quien dará el testimonio y cual será la forma, lo cual debe estar en congruencia con los fines del caso presentado, fundamentalmente a la existencia del hecho y las secuelas o daños producidos. El determinar quien y como dará el testimonio, será el equipo legal, mientras que el equipo psicológico apoyara la actividad que se desarrolle en torno al testimonio de la víctima, su fin principal será velar por el bienestar psíquico de la misma. Se trata que la víctima pueda narrar lo sucedido, libremente y en caso pueda surgir algún sentimiento, el experto psicólogo proceda a la contención, es mas,

¹ Testimonios Caso Molina Theissen. Atención integral a víctimas de tortura en procesos de litigio. Impacto en el Sistema Interamericano 2009. IIDH-CEJIL.

se puede conjugar inclusive la presencia de un médico, para que asista a la víctima en eventuales crisis, por ejemplo en el caso de víctimas con problemas de corazón o de hipertensión, cuyas dolencias pueden agravarse en el momento de prestar su declaración. En este aspecto hay que tomar en cuenta que la interacción en la audiencia, ya no solo será con los equipos interdisciplinarios, sino además con los actores del sistema de justicia. Para rendir dichos testimonios los equipos analizarán el guión, delimitarán el dicho a exponer, y los posibles interrogatorios de la contraparte. Si la persona que va a declarar, tiene alguna duda, se le debe resolver inmediatamente.

El segundo momento será la declaración testimonial en la audiencia. En este momento deberá estar clara la estrategia psicojurídica, en el sentido de poder realizar la contención si fuere necesaria, cuando la víctima rinda su testimonio. Por su parte el equipo legal, debe estar claro el tipo de preguntas que debe realizar, cuales son los aspectos fundamentales a explorar y ante todo, no permitir interrogatorios que anulen a la víctima o le produzca episodios que bloqueen su dicho.

Recordemos que “El testimonio ofrece una oportunidad de elaborar y apaciguar del dolor en la medida en que puede contribuir a lograr justicia. Lo que se opera es una transformación en la identidad de la víctima, ya que percibe que se han dado las condiciones para poder ser escuchada, para que alguien crea en su relato y que no sólo el relato sino también su mirada interpelarán la justicia”. (Rabinovich, 2003).

El tercer momento se constituye después de la audiencia. En este momento, la víctima se siente liberada, pero también con otras expectativas acerca de lo que sucederá, si valió la pena desnudar su yo interior, respecto al hecho acaecido. Para ello el equipo interdisciplinario, deberá formular el acompañamiento e informar a la víctima del siguiente paso e ir pensando y procurando la atención psicoterapéutica de la misma, si fuere necesario.

“Tuvimos dos tipos de acompañamiento por parte de profesionales en psicología. El primero, buscado por nosotras, fue dado por la terapeuta

que nos había acompañado por muchos años; había confianza y respeto mutuos, además de un conocimiento profundo de la situación por parte de ella. La psicóloga preparó a Emma para que rindiera su testimonio ante la Corte y fue la única persona que mi hermana admitió en la sala durante su comparecencia. También redactó un informe que se entregó a la psicóloga que hizo el peritaje y posteriormente nos ayudó a explicarle a la gente joven de la familia algunas de las cosas más difíciles que salieron a luz durante la audiencia pública. El otro fue proporcionado por la psicóloga que se encargó de presentar el peritaje sobre el daño familiar. Fue un apoyo puntual; consistió en sesiones individuales y de grupo para recibir orientación sobre lo que iba a suceder en la audiencia; además, en ellas se dio información por nuestra parte para la opinión experta que conoció la Corte en su oportunidad. La tormenta emocional y de acontecimientos se aceleró de una forma agobiante la semana previa a la audiencia pública. La presión que sentíamos era desmesurada. Nos propusimos no llorar; personalmente me aterraba la posibilidad de que el llanto me enmudeciera. Esa audiencia era probablemente la única oportunidad que tendría en la vida de hablar ante un tribunal sobre lo que nos pasó. El acompañamiento psicológico es totalmente necesario para quienes sentimos mucho dolor y muchos temores, como el riesgo de retroceder a la condición de víctima en términos humanos. Los casos dejan de ser expedientes y adquieren un rostro y emociones con las que es difícil lidiar, tanto para quienes las sentimos como para quienes deben trabajar con nosotros”².

Finalmente, el acompañamiento psicológico también estará presente en el cierre de las audiencias y seguimiento de la sentencia.

Es oportuno indicar que para los efectos de la estrategia psicojurídica, no debe confundirse el Acompañamiento Psicológico con la Psicoterapia. El Acompañamiento Psicológico, esta referido a la contención de emociones y sentimientos de las víctimas en el proceso, especialmente en la elaboración del peritaje y en las audiencias. Se trata de que la víctima maneje sus reacciones físicas y psíquicas en cada una de las actuaciones dentro del proceso y a su vez reafirmar su valor supremo: la dignidad. Para los efectos

² Idem.

del presente abordaje, la Psicoterapia, se puede entender como el “tratamiento” que brinda el Psicólogo Clínico, Psiquiatra o un Psicoterapeuta, dentro del sistema procesal interno, a víctimas de violaciones graves de derechos humanos, que permitan que la misma rinda lo mas real posible su testimonio y que ello no conlleve una extrema retraumatización. También puede decirse que es el tratamiento que brinda el profesional especializado, según lo resuelto en la etapa de reparaciones a nivel de la sentencia emanada del sistema interamericano de protección de Derechos Humanos. Está es de mayor alcance, procura no dejar a la víctima en el desamparo a la hora de “reestructurar su vida”. La psicoterapia, posee una aplicación mas adecuada en la etapa final del litigio, es decir como una de las medidas de reparación otorgadas.

Con la perspectiva psicojurídica, no hay que perder de vista que los profesionales de ambas disciplinas, pueden sentirse satisfechos, apoyados y comprendidos mutuamente, a la hora de enfrentar el litigio, es más, el equipo también puede idealmente, tener ese acompañamiento psicológico, tomando en cuenta la gravedad de las conductas que van a ser objeto de juicio y las personas que se les presume responsables de las mismas, lo que puede provocar en los equipos que conocen de tales casos, temores, angustias, persecuciones, etc.

El trabajo interdisciplinario puede presentar algunas limitantes, que surgen cuando uno o ambos profesionales, no se flexibilizan para comprender el lenguaje del otro, o bien alguno de ellos quiere tener un predominio o protagonismo. Otro aspecto lo puede constituir el elemento temporal del proceso, que para el Abogado esta marcado con tiempos fatales, lo cual obliga a diseñar actividades aceleradamente o con un ritmo determinado, sin embargo, para el Psicólogo, que se encuentra centrado en cuestiones afectivas y emocionales de la víctima, pueden no ser importantes. Otra limitante lo constituye la disposición de la víctima en sus tiempos, es decir, no siempre se encontrará dispuesta a coincidir con los tiempos de los profesionales, para llevar a cabo la entrevista.

Para solventar tales situaciones, ambos equipos deben tener siempre presente que el fin último de la estrategia será las necesidades de la víctima, testigos y otros.

Fases de la estrategia Psicojurídica

Si bien el proceso judicial, tiene diversas actuaciones que comprenden actos de las partes como del órgano jurisdiccional, algunas de esas actuaciones tienen mucha trascendencia, como la denuncia, la investigación, las audiencias, la sentencia y otras.

En esas actuaciones, por ejemplo, se determinara el hecho, se rendirá prueba, se valorara, se dictara resolución resolviendo el conflicto penal, etc., en otras palabras estas actuaciones producen un resultado jurídico, pero, también producen otros resultados, que tienen que ver directamente con el estado emocional de las víctimas y sus expectativas procesales, que provocan una serie de sentimientos.

Estas situaciones tienen lugar en determinados momentos de las etapas procesales. Estas etapas procesales se pueden identificar en la mayor parte de los códigos procesales penales y deben ser observadas para cumplir con el debido proceso. Así tenemos entre otras para el caso de Guatemala, una etapa preparatoria, etapa intermedia, etapa de juicio oral, etapa de ejecución y dentro de cada una de ellas se llevan a cabo diversas audiencias, algunas de ellas ideales para poner en práctica el acompañamiento psicológico, por ejemplo, “audiencia de debate en la que dará su testimonio la víctima”. Estimo que en casi todas las etapas se puede utilizar la Perspectiva Psicojurídica, y dentro de esas etapas, las “audiencias” es donde se presenta el momento más álgido.

Ahora bien, para apuntar a la estrategia psicojurídica y su utilización significativa, se han identificado tres “fases”-, que no necesariamente tengan que coincidir con las “etapas” procesales en el proceso penal, pero que indudablemente se concatenan en los actos propios del proceso. Las fases no tienen una subsistencia aislada, al contrario, se interrelacionan, son interdependientes y buscan un objetivo común. Cada una de estas fases exige específicos componentes tanto de carácter jurídico como emocional, orientado al caso y a la víctima, respectivamente.

En ese contexto, tenemos una fase previa o inicial, una fase intermedia y una fase final.

Fase Previa o Inicial

En esta fase es de especial relevancia el contacto con la víctima y para el efecto se realizan sesiones en las que se trata de identificar el ámbito legal, familiar y social de la víctima y sus familiares, también se trata de llegar a acuerdos entre la víctima y los equipos legales y psicológicos.

El equipo legal y psicológico, debe tener como prioridad informar a la víctima del suceso que constituye el litigio, sus declaraciones, sus pretensiones, etc., y ellas deben tener claro el papel que les corresponde en el proceso y su presencia en las audiencias, sea en el sistema interno o en el internacional.

En esta fase, se desarrolla la construcción del caso, la cual debe ser conjunta entre el profesional del derecho y el profesional de la Psicología, esta construcción se enriquece con aportes Psicosociales al iniciarse el contacto con la víctima y el experto psicólogo. Debe atenderse también la conducta del profesional del derecho al momento de mantener contacto con la víctima, sea en las entrevistas, en interrogatorios, etc. Acá se procede a explorar el estado emocional de la víctima y tomar en cuenta sus temores, expectativas y seguridad. Fundamentalmente se torna la necesidad del acompañamiento psicológico de la víctimas y hasta de testigos, para poder brindar asistencia de contención ante los eventuales episodios traumáticos que pueda volver a sufrir. Esta etapa es fundamental para la documentación del caso o revisión de la ya existente; también deberá elaborarse el cronograma inicial en el que se contemple la elaboración del peritaje psicológico a la víctima y los acompañamientos.

Resulta valido realizar el estudio psicosocial de la víctima, por parte del Psicólogo, pudiendo utilizar el apoyo de una Trabajadora Social, en el cual se determine como era su vida antes del hecho, cuales eran sus roles, expectativas tanto a nivel personal, familiar y social. El contraste de la situación anterior del hecho con su vida actual, permitirá demostrar el

daño ocasionado y sus consecuencias, para su valoración. El estudio debe circunscribirse al “antes de” y el “después de”.

Fase Intermedia o de audiencias orales

En esta fase, -para los efectos de la estrategia psicojurídica- se encuentran especialmente aquellas actuaciones de naturaleza oral, concretamente las audiencias orales.

La víctima generalmente tendrá que rendir su declaración, y ello implica someterse al escrutinio público o semipúblico, a interrogatorios, a participar en reconstrucción de hechos, etc. Se sugiere entonces, que previamente a la audiencia, el equipo legal y psicológico realice un simulacro de audiencia, en el cual aunque parezca nimio, se ilustre a la víctima sobre la audiencia, su posición, quienes participan, el posible interrogatorio que se le dirija.

Las conductas de la contraparte, normalmente ira enderezada a cuestionar los hechos, y de alguna manera a desvirtuar el dicho de la víctima y su veracidad, como la de testigos y peritos relacionados a sostener la tesis de la víctima.

Precisamente, en esos momentos se produce bloqueos, episodios de llantos, angustia, etc., y que mejor la presencia del profesional en psicología para apoyarla. A ello habrá de agregar que no se trata de que la víctima, testigos y peritos rindan simplemente su declaración, porque ello significaría tratarlos como objetos del proceso con un fin únicamente jurídico, al contrario, antes y después de rendir su declaración, deben tener apoyo emocional sobre los sentimientos generados, los temores que implica el haber contado su historia, señalar a funcionarios, etc., también se debe atender sus expectativas sobre el resultado de su declaración y como esta incidirá en la sentencia.

En esta fase, debe existir una retroalimentación luego de las audiencias, que permitan ratificar o modificar la estrategia, especialmente

aquella de naturaleza meramente jurídica y la que concierne a la autovaloración que hace la víctima, sobre lo que ha sucedido en la audiencia y que puede provocar nuevos episodios traumáticos, por lo cual el psicólogo deberá poner en práctica un proceso de atención en crisis.

No debemos olvidar que en esta fase es donde se encuentra uno de los mayores significados de la estrategia psicojurídica, porque se vierten los testimonios de las víctimas, testigos y peritos, etc., operando a su vez, [específicamente] en las audiencias, los tres momentos apuntados en párrafos anteriores.

Fase Final

La fase final, surge luego de finalizado el litigio, mediante la emisión de la sentencia; acá, el profesional del derecho debe realizar una evaluación de lo actuado y determina las acciones meramente jurídicas frente a la sentencia si fuere desfavorable total o parcialmente. En su caso, debe generar nuevas estrategias para la fase de seguimiento y ejecución, que permita garantizar el cumplimiento de lo resuelto. Es de advertir que un proceso exitoso jurídicamente no necesariamente lo es desde el punto de vista psicológico para la víctima.

Por ello el éxito del proceso también lo debe ser en términos psicológicos, lo cual trae como consecuencia que en esta fase, la víctima también tenga una presencia incuestionable, debiendo brindársele el apoyo psicológico, ya no solo en el acompañamiento, sino orientado a que se cumpla lo ordenado en lo que concierne a las reparaciones y cumplirse lo mas importante: reconstruir su vida.

Dentro de esta fase y en esa reconstrucción, debe continuar como un eje transversal, el acompañamiento.

Es pertinente recordar que aún con la Sentencia, especialmente en la que se refiere al ámbito internacional sobre reparaciones, la pérdida del

giro ordinario y futuro de las actividades en la vida de la víctima, ha quedado dañado. Ello obliga a prestarle atención para “reestructurar su vida” especialmente en el ámbito psíquico para iniciar o fortalecer proyectos personales, o bien el manejo de la culpa que pueda desencadenar el hecho de ver el sufrimiento de sus familiares aún cuando ella pudiera sentirse satisfecha por la sentencia favorable.

Una de las formas en que se lograra, será a través de la ayuda psico-terapéutica, que permite sobrellevar las secuelas del hecho y a pensar positivamente en nuevos proyectos, más cuando la víctima tiene daños crónicos, producto de la Tortura, por ejemplo, aquella cometida mediante la violación sexual.

La psicoterapia como una forma de reparación, debe ser costeada por el Estado infractor, y realizarla un profesional de confianza de la víctima, eso sí, observando el principio de “*consentimiento*”, en el que la víctima continua siendo actora, al decidir si desea someterse a las terapias. Para el caso de las personas en prisión, y que se les pretenda aplicar este tratamiento, se puede utilizar los servicios de Organizaciones no gubernamentales que presten este tipo de servicio.

Aplicación de la Estrategia Psicojurídica

Desde el ámbito del Defensor, en el primer contacto de éste con su defendido, podrá establecer a priori, si dicha persona ha sido sometida a tortura y malos tratos, especialmente aquellas de carácter físico, ocasionados al momento de su detención, por las fuerzas policiales o integrantes de otras fuerzas y grupos al servicio o con aquiescencia del Estado. En este caso, la entrevista con su defendido (víctima) en este estadio, busca ganar la confianza del mismo y sus familiares, para que brinden información relevante para el planteamiento de la denuncia, asimismo, pone al Defensor en condiciones de iniciar una estrategia psicojurídica que puede utilizar desde el preciso momento de entrevistarlo para asistir a su primera declaración, y dejar plasmada en dicha audiencia la denuncia. Puede suceder también, que al momento de realizar la visita carcelaria o por otros

medios, el defensor se entere de que su defendido ha sido objeto de Tortura o Malos Tratos. En este otro supuesto, deberá inmediatamente solicitar los reconocimientos personales y la practica de peritajes sobre las afectaciones que presente su defendido. En ambos casos se sugiere que el Abogado proceda a coordinar con el equipo psicológico, la construcción del caso, determinando la estrategia psicojurídica a utilizar, iniciando por la entrevista, continuando por la solicitud de peritajes que determinen el grado de afectación físico, mental o emocional, que pueda padecer la víctima objeto de tortura o malos tratos, y luego proceder a la presentación de la Denuncia respectiva; en todo caso, propiciar que la víctima brinde su declaración, siempre bajo el principio de “consentimiento de la víctima”. En esta ruta, es importante contar con el acompañamiento psicológico tanto para la víctima, como para testigos, familiares, equipos legales y equipos psicológicos, si fuere pertinente. En el caso de que no se hubieren practicado los peritajes, es factible solicitar que se practiquen por el órgano encargado de la persecución.

Por la naturaleza vigente del mandato del Abogado Defensor, al realizar la denuncia, deberá solicitar la inmediata investigación y la certificación de lo conducente en contra de las personas que pudieran haber cometido o participado en los actos constitutivos de tortura o malos tratos. El defensor, en virtud de sus funciones deberá denunciar el hecho, por la obligación de poner en conocimiento la probable comisión de un hecho delictivo. Por lo anterior y para los efectos de actividad práctica en la ruta a seguir, la delimitaremos a la entrevista y denuncia dentro del proceso.

La denuncia según la sistemática de nuestro código procesal penal puede presentarse por escrito o verbalmente. Generalmente, el Defensor podrá denunciar los hechos que a su juicio sean constitutivos de Tortura o malos tratos, de manera verbal en la audiencia de primera declaración del sindicado cuando el conocimiento llegue al momento de la primera entrevista, previa a su declaración. Aconsejable es realizarla por escrito, cuando el conocimiento de aquellos hechos, sea posterior a la primera declaración.

En ese sentido, la denuncia obligara tanto al órgano jurisdiccional como al Ministerio Publico, para que el primero certifique lo conducente por el hecho denunciado y el segundo proceda a investigar, respectivamente. En el proceso de investigación, la víctima y sus familiares solamente coadyuvan en la investigación, sea porque sea haya constituido en Querellante Adhesivo o no, contrario a lo que sucede en el sistema interamericano, donde aquellas son ejes fundamentales en el impulso procedimental.

Merece puntualizar que para el caso de la Defensa Publica, tenemos profesionales Psicólogos con experticia, para llevar a cabo el Acompañamiento Psicológico, eso sí, si el ámbito legal de sus funciones, les confiere la competencia.

Finalmente, para el éxito de la Estrategia Psicojurídica, debe existir una predisposición de los equipos legal y psicológico, que centre su atención en la víctima, alejados de los prejuicios o estereotipos de nuestro medio, originados especialmente por los altos índices de recurrencia de actividades delictivas que no son posible perseguirlas por métodos tradicionales. No debe propiciarse impunidad, debe de propiciarse equilibrio entre la persecución del crimen y la observancia de derechos fundamentales de las personas.

A ello habrá de agregarle, ciertos desafíos que surgen posterior al litigio, que habrá que corregir, como lo es el hecho de que en el ámbito de las reparaciones, estas se ejecuten por parte del Estado dentro del plazo razonable; otro desafío es propiciar una cultura de búsqueda de justicia a través de reparaciones, ya que a veces no se utiliza y si se utiliza con resultados efectivos, las víctimas pueden ser estigmatizadas de haber vendido su lucha por las compensaciones económicas a las que tienen derecho.

Bibliografía:

1. Atención integral a víctimas de tortura en procesos de litigio. Impacto en el Sistema Interamericano 2009. IIDH–CEJIL.
2. Atención Integral a víctimas de tortura en procesos de litigio. Propuesta Psicojurídica. IIDH, 2009.
3. Nash Rojas, Claudio. Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Chile, 2004.
4. Rabinovich, S. “La mirada de las víctimas. Responsabilidad y libertad”. En La ética ante las víctimas, J. Mardones y R. Mate Barcelona, España, 2003.
5. Decreto 51-92, Código Procesal Penal de Guatemala.
6. Decreto 70-96. Congreso de la Republica. Ley para la Protección de sujetos procesales y personas vinculadas a la administración de justicia penal.
7. Decreto 21-2009 del Congreso de la Republica. Ley de Competencia Penal en procesos de mayor riesgo.
8. Decreto 35-2009. Reformas al Decreto 21-2009 Congreso de la Republica.

LA CREDIBILIDAD DEL TESTIMONIO EN EL PROCESO PENAL



LA CREDIBILIDAD DEL TESTIMONIO EN EL PROCESO PENAL

Lic. Luis Orcar Díaz Samayoa

De todos es sabido que en artículo 182 del código procesal penal se regula la libertad de prueba, lo que significa que es permitido cualquier medio probatorio, siempre y cuando sea adquirido en forma lícita, e incorporado al proceso mediante el procedimiento establecido según lo regulado en el artículo 186 de la ley citada.

En el caso de la prueba testimonial considero que la incorporación al proceso no presenta mayor dificultad, como podría suceder con otros medios probatorios, ya que la ley como requisito exige que al momento de ofrecer a un testigo se debe indicar el nombre, la profesión, el lugar para recibir citaciones y notificaciones, y debe señalarse también el o los hechos a cerca de los cuales serán examinados en el debate, y aunque este último requisito podría servir de parámetro para establecer la pertinencia o impertinencia de este medio probatorio, en la práctica no opera así, porque en la mayoría de casos el sujeto procesal que propone al testigo se limita a indicar que declarará sobre los hechos que le constan, y es hasta el momento en que se produce la prueba que los sujetos procesales conocerán realmente el contenido de la declaración testimonial, caso contrario sería por ejemplo la prueba documental cuyo contenido se conoce antes del debate, y esto permite que los sujetos procesales la analicen para determinar la idoneidad o no del mismo, y en su caso la defensa se puede oponer a que sea admitido como prueba, claro está que si la defensa advierte que al proponer al testigo solo se indica que declarará sobre lo que le consta, la defensa puede oponerse argumentando que no se cumple con lo establecido en la ley, en el sentido de que no se indica con claridad sobre qué puntos declarará, pero lamentablemente los y las juezas han dado cabida a esta mala práctica procesal, argumentando que la intermediación

procesal y el principio de contradictorio se materializan, en su esencia propia, en el debate, y es hasta ese momento en que se decidirá sobre la idoneidad y pertinencia de la prueba.

Cabe mencionar que en los casos en que se aplica la vía del procedimiento abreviado la historia es otra, porque como es el o la jueza de instancia la que se convierte en sentenciadora, lo que valora son las actas en donde constan las declaraciones testimoniales, que en definitiva son documentos, considerando que siendo la oralidad uno de los principios que inspiran el sistema acusatorio, se viola éste, por lo que al aceptarse ésta vía, los testigos deberían ser escuchados en presencia de quien penda el procedimiento, y así también se materializarían los principios de inmediación procesal y contradictorio.

En estas líneas se pretende hacer una reflexión sobre el testigo y su dicho en juicio, partiendo de la experiencia que como defensor público e tenido en la práctica tribunalicia, sobre todo porque el testimonio se ha convertido en LA PRUEBA REYNA, aunque carezca de credibilidad.

Mi inquietud obedece a que en muchos procesos asignados a defensores y defensoras públicas, hemos observado cómo un testigo frente a un tribunal es capaz de decir mentiras, lo cual es fácilmente perceptible por lo poco convincente del relato, por las contradicciones entre el relato y el interrogatorio, por la inseguridad al exponer, por la intranquilidad y las posturas físicas al momento de estar frente al tribunal. También hemos observado, cómo los miembros del tribunal al finalizar el debate certifican lo conducen por falso testimonio cuando en realidad no fue así.

Tomando en consideración que en materia penal la verdad a la que se aspira no debe ser formal sino material u objetiva, considero que es importante que los jueces y juezas en general (de instancia y sentencia), estén capacitados para poder concatenar la lógica, la experiencia y la psicología como elementos de la sana critica razonada, y así dictar sentencias justas y apegadas a derecho, con un grado alto de certeza y no de probabilidad.

En relación a este sistema de valoración de la prueba, Jaime Lazo Cordero¹ señala que; para que se produzca un razonamiento aceptable se deben dar al menos cuatro elementos que él identifica como: RAZONES LOGICAS, RAZONES CIENTIFICAS, RAZONES TECNICAS, Y RAZONES DE EXPERIENCIA.

Las razones lógicas son el conjunto de actividades mentales que permiten conectar las ideas de acuerdo a ciertas reglas es decir, un conjunto de proposiciones enlazadas entre si que dan apoyo o justifican una idea.

Las científicas y técnicas se refieren a las razones que, una ciencia o arte aceptan como válidas u obligatorias, estas razones el tribunal las percibe mediante los distintos tipos de peritajes, expertos o consultores técnicos y que coadyuven al esclarecimiento de los hechos.

Las razones de la experiencia son las que pertenecen al acervo o conocimiento común de las personas normales, incluyendo las leyes de la naturaleza.²

Como puede apreciarse nada se dice sobre las razones psicológicas las cuales a mi juicio son importantes toda vez que, la psicología es un elemento de la sana crítica razonada, y que si bien es cierto no se pretende que las y los jueces sean psicólogos, si se hace extremadamente necesario que tengan conocimientos básicos sobre el tema, al respecto el Licenciado en Psicología Rodolfo Fuente Aqueche, quien amablemente me proporcionó el material para la elaboración de la reflexión aquí expuesta, y quien considera que, un juez debe saber sobre los siguientes temas: * Q u é relación hay entre el derecho y la psicología.

*En qué ámbitos se puede aplicar la psicología.

*En qué consiste el acto de mentir.

*Cuáles son los componentes de la credibilidad.

*En qué consiste la confiabilidad y validez.

*Cuáles son los instrumentos científicos mínimos a aplicar

¹Lazo Cordero Jaime. Revista Chilena de Derecho. Vol. 36. N. 1, pp-164. (2009). Valoración de la Prueba y Sana Crítica.

² Ídem.

Para detectar el grado de certeza en un testimonio.

Es importante saber que a la relación entre la psicología y el derecho se le denomina PSICOLOGIA JURIDICA, y es el área de trabajo e investigación psicológica especializada, cuyo objeto es el estudio del comportamiento de los actores jurídicos en el ámbito del derecho, la ley y la justicia.

La psicología jurídica tiene ámbitos de aplicación como por ejemplo;

*Psicología jurídica y el menor.

*Psicología jurídica aplicada al derecho de familia.

*Psicología jurídica aplicada al derecho civil, laboral,

*Contencioso administrativo y penal.³

Cuando la psicología jurídica es aplicada al derecho penal, interviene un o una psicóloga que se denomina forense, y su tarea es diagnosticar y evaluar a las personas implicadas en procesos penales, lo cual servirá de asesoramiento a los jueces y tribunales, para determinar las circunstancias que puedan modificar la responsabilidad criminal, el daño moral, las secuelas psíquicas etc.

Como puede apreciarse, del párrafo anterior se deduce que él o la especialista en psicología forense diagnostica únicamente en relación al sindicado y la víctima, es de hacer notar también que en el caso de Guatemala los y las psicólogas son propuestas por las partes en calidad de peritos, sobre todo por parte del Ministerio Público, aunque ello no significa que solo el ente encargado de la persecución penal pueda ofrecerlos.

No obstante lo anterior considero que el Organismo Judicial puede y debería auxiliarse de profesionales de la psicología para determinar el grado de credibilidad del o los testimonios, y en este caso cuando la psicología aplicada al derecho penal es empleada para determinar la calidad

³ Psicología Jurídica. www.cop.es/perfiles/contenido/juridica/htm.

⁴ Ídem.

(exactitud y credibilidad) de los testimonios, ES DENOMINADA PSICOLOGIA JUDICIAL.⁴

El tema que se aborda en la presente reflexión no pretende ser un manual sobre psicología sin embargo, considero importante que además de los y las jueces, los y las defensoras debemos conocer sobre los conceptos psicológicos para poder emitir mejores conclusiones en un debate en el que se aprecie la debilidad y falta de credibilidad de un testimonio, para argumentar las razones científicas del por qué no se le puede dar valorar probatorio, siendo por ello necesario explicar estos conceptos.

ACTO DE MENTIR:

Este implica la manipulación conciente de la información sobre los propios conocimientos, pensamientos o sentimientos, que se efectúa mediante la conducta verbal y no verbal en el curso de un acto comunicativo, y que tiene por objeto manipular las creencias de otra persona con el fin de alcanzar un beneficio. Los casos en los que mas comúnmente se da el acto de mentir es en las y los agentes de la policía nacional civil, no quiere decir que sea exclusivo de estas personas, y es que debido al entrenamiento que han tenido, muchos de ellos y ellas son astutos, persuasivos, convincentes, seguros y seguras de sí mismas, y es por ello que se hace necesaria la presencia del o la psicóloga judicial para detectar estos aspectos, y someterlo a las pruebas respectivas y detectar psicológicamente la credibilidad del testimonio.⁵

COMPONENTES DE LA CREDIBILIDAD:

Esta tiene componentes objetivos y subjetivos, y ambos definen la capacidad de ser creído de una fuente o mensaje. Se compone de dos dimensiones a saber:

A) CAPACIDAD DE GENERAR CONFIANZA, que es un juicio de valor que emite el receptor basado en factores subjetivos emanados del emisor del mensaje o testimonio. Por ejemplo el testigo que mira fijamente al tribunal, o el testigo que descuida detalles importantes del hecho y que por su naturaleza es imposible que se puedan olvidar por el impacto emocional que deja.

⁵ La mentira. www.elpunto.canal13.cl

B) GRADO DE CONOCIMIENTO, este puede ser percibido en forma subjetiva, aunque también incluye características objetivas de la fuente o del mensaje. Por ejemplo referencias de la fuente o calidad de la Información. No es lo mismo que Perico Pérez de los Palotes le cuente a Ramona López lo que sucedió, y que ésta sea la testigo propuesta, o bien no es lo mismo que el testigo diga que observó detalles del lugar del hecho como color de la habitación, cuadros colgados, cuando era de noche y no había suficiente luz.

CONFIABILIDAD Y VALIDEZ:

CONFIABILIDAD, es usado generalmente para expresar cierto grado de seguridad de que un dispositivo o sistema opera exitosamente en un ambiente específico, durante un cierto período de tiempo. Cuando la credibilidad se define cuantitativamente puede ser especificada, analizada y se convierte en un parámetro del diseño de un sistema que compite contra otros parámetros tales como costos y funcionamiento.

VALIDEZ, Calidad que tiene un conocimiento determinado y que, hará ser “reconocido” o “aceptado” como verdadero. Por ejemplo en psicometría denota certeza el significado de lo medido, por ejemplo, el examen médico forense que acredita las lesiones y tiempo de curación.⁶

En cuanto a los instrumentos científicos para indagar que alguien esta diciendo la verdad, el Licenciado Rodolfo Fuente Aqueche sugiere los siguientes:

- *El polígrafo.
- *La hipnosis.
- *El análisis de contenido basado en criterios CBCA.
- *Indicadores conductuales de la mentira.
- *Análisis del Estrés de la Voz.
- *Entrevistas asistidas con drogas.⁷

⁶ Credibilidad. www.es.wikipedia.org

⁷ Ídem.

EL POLIGRAFO:

Instrumento que mide respuestas fisiológicas, pulsos y respiración, pero puede incluir respuestas del sistema nervioso central. El fundamento de este instrumento radica en que la mentira genera activación autónoma central que no se puede ver a simple vista, sino mediante la medición de instrumentos adecuados como éste.

Emplea una línea base o preguntas neutras que miden el nivel típico de reacción. Este instrumento es capaz de diferenciar a una persona ansiosa y nerviosa de una persona tranquila y serena.

Los detractores (psicópatas, sociópatas, y gente entrenada) dicen que este instrumento puede fallar, y además que es muy costoso a nivel técnico y humano, por eso en estos casos no surte efectos.

LA HIPNOSIS:

Es un procedimiento mediante el cual se produce una relajación acompañada de un menor autocontrol, que permite determinar la credibilidad de un relato, esta técnica instrumental se emplea más en víctimas y testigos que con sindicados.

En algunos estados de Estados Unidos de Norteamérica está reglamentado su uso, pero debe ser filmado, y debe llevar a cabo el procedimiento un o una psicóloga o psiquiatra con experiencia.

ANÁLISIS DE CONTENIDO BASADO EN CRITERIOS (CBCA)

Estrategia creada en Alemania y es empleada para evaluar la veracidad del testimonio de niños y niñas abusados sexualmente, hoy en día ya se emplea también para evaluar los testimonios de los adultos, pero con algunas variantes.

El CBCA (Criteria based content análisis) es un método que brinda dos claves o criterios específicos por los que se deberá evaluar la credibilidad del testimonio:

1. EL CRITERIO DE REALIDAD; cuyo fundamento radica en que las declaraciones reales tienen un mayor número de detalles periféricos que las falsas.

2. EL CRITERIO DE SECUENCIA; cuyo fundamento radica en que las declaraciones verdaderas presentan modificaciones en aspectos periféricos como por ejemplo, el momento del día y de la duración del incidente.

El Doctor Undeutsch, psicólogo forense alemán, señala que las descripciones de eventos reales difieren en su contenido, calidad y expresión de aquellos hechos que son producto de la imaginación es decir, aquello que contamos después de haberlo percibido, difiere de lo que contamos sin antes haberlo experimentado.

El CBCA analiza el relato de los hechos posterior a la entrevista, con base en la presencia o ausencia de 19 indicadores de realidad dentro de los que se pueden mencionar:

ESTRUCTURA LÓGICA: El testimonio se evalúa teniendo en cuenta su consistencia lógica y homogeneidad.

ELABORACIÓN INESTRUCTURADA: Este criterio tiene sentido solo cuando se trabaja con declaraciones en las que el testigo a ofrecido un relato libre, sin interferencia del interrogatorio sin embargo, si la declaración muestra inconsistencias que no pueden resolverse en el contexto de la declaración global, viola la estructura lógica y en consecuencia indica falta de credibilidad.

CANTIDAD DE DETALLES: Un gran número de detalles en la declaración es un indicativo de credibilidad, porque es imposible que el testigo adorne un testimonio falso con numerosos detalles.

ENGRANAJE CONTEXTUAL: Se refiere a que los sucesos reales deben tener una base temporal y espacial.

DESCRIPCIÓN DE INTERACCIONES: Aquí se habla de una cadena de acciones mutuas y reacciones del testigo, y de las personas a que se refiere el testimonio, principalmente en aquellos actos y discusiones que son mutuamente dependientes y que se relatan con fluidez.

REPRODUCCIÓN DE CONVERSACIONES: Este requisito se cumple cuando en el relato se incluye el vocabulario y el lenguaje del autor del delito.

COMPLICACIONES INESPERADAS: Se pueden apreciar cuando el testigo realiza alguna interrupción imprevista, o cuando manifiesta alguna emoción incontrolada. **DETALLES INUSUALES Y/O DETALLES SUPERFLUOS:** Se refiere a aquellos detalles que no son esenciales para señalar la responsabilidad del acusado, pero que el testigo describe en conexión con los hechos.

INCOMPRENSIÓN DE DETALLES RELATADOS CON PRECISIÓN: Este criterio se cumple cuando el testigo relata acciones y ofrece detalles que él no comprende pero el entrevistador sí.

ASOCIACIONES EXTERNAS RELACIONADAS: Se manifiesta cuando el testigo relata conversaciones que se refieren a otros sucesos, de tal modo que cada uno de los relatos dados contiene un engranamiento traslapado de al menos dos relaciones.

RELATOS DEL ESTADO MENTAL SUBJETIVO: Este criterio incluye la descripción de sentimientos como por ejemplo, la manifestación de miedo o asco.

ATRIBUCIÓN DEL ESTADO MENTAL DEL AUTOR DEL DELITO: Los estados mentales y motivos que el testigo atribuye al supuesto autor del delito son signos de credibilidad, así como las descripciones de reacciones afectivas y estados fisiológicos del autor del delito.

CORRECCIONES ESPONTÁNEAS: Corregirse a uno mismo de forma espontánea durante una entrevista, o bien ofrecer recursos nuevos o aclaratorios, se considera una característica a favor de la credibilidad del relato.

ADMISIÓN DE FALTA DE MEMORIA: Se supone que las personas que dan testimonios falsos en forma deliberada, responderán a las preguntas antes de admitir falta de memoria sobre ciertos detalles. Admitirlo es un indicativo de credibilidad.

DUDAR DEL PROPIO TESTIMONIO: El plantear correcciones al propio testimonio es también un indicio de credibilidad, se deduce esto porque cuando se hace una declaración falsa, el testigo no se inclinará a plantearse la posibilidad de corregir su relato.

AUTO DESAPROBACIÓN: La auto acusación del testigo debido a una actitud autocrítica sobre su propia conducta frente al delito y/o agresor, ofrece la credibilidad de éste. Esta confesión de conducta inapropiada o errónea no se espera en el relato del testigo que miente.

PERDÓN DEL AUTOR DEL DELITO: Si una declaración tiende a favorecer al acusado, o si el testigo no hace uso de posibilidades para otras incriminaciones, se considera una indicación de la veracidad del relato.

DETALLES CARACTERÍSTICOS DE LA OFENSA: Para que se manifieste este criterio, es requisito que el testigo informe sobre un hecho real o ficticio, y que lo haga con una relativa extensión, ya que un testimonio que consista sólo en una frase, o en casos extremos en un sí o un no, no puede ser considerado como válido.

Existe documentación de que esta técnica se utiliza en países de diversa cultura como, Canadá, Japón, España entre otros, lo cual indica su aplicación transcultural, es de hacer notar que existen varios estudios de validez que confirman su eficacia, y hasta ahora se considera que es la única técnica que permite evaluar la credibilidad de un relato, la validez de la técnica esta avalada por mas de treinta años de utilización.

INDICADORES CONDUCTUALES DE LA MENTIRA:⁸

Consiste en la observación de aspectos no verbales de la conducta de una persona que pueden indicar que está mintiendo. Eugenio Garrido y Massip enuncian los siguientes indicadores:

- A) ELEVACION DE LA ACTIVACION, que consiste en una filtración de emociones que se acompaña de un distanciamiento del emisor con su discurso, por ejemplo cuando da respuestas evasivas, evita el contacto ocular, provoca un distanciamiento interpersonal.
- B) SOBRE CARGA COGNITIVA O GRAN DEMANDA DE RECURSOS COGNITIVOS, por ejemplo aumento de la latencia de respuesta, dilatación pupilar, disminución del contacto ocular, o cuando el testigo proporciona mucha información en cuanto a detalles que por la naturaleza del hecho vivido, es imposible que pueda recordar.
- C) CONTROL DE CONDUCTA, por ejemplo el testigo demuestra poca espontaneidad y discrepancias en su relato, también se observa cuando el emisor del mensaje proyecta inhibición conductual extrema en los canales de respuesta sobre los que él tiene control es decir, cuando se muestra poco colaborador, manifiesta no recordar, o cuando hay aumento de conductas no controlables como los movimientos de manos, pies, frote de manos.
- D) POCA VARIEDAD LEXICA, que se observa en el testigo cuando hay una comunicación estrategia para manipular la verdad por ejemplo, el testigo proporciona pocas afirmaciones tajantes (lenguaje kinético, pocas referencias a experiencias propias y del pasado, y para proteger la imagen de su persona asiente y sonríe.

⁸ Garrido, E, Massip; (1998). Evaluación de la Veracidad del Testimonio.

- E) FILTRACIONES NO ESTRATEGIAS, que se manifiestan por medio de manifestaciones de activación autónoma y nerviosismo como por ejemplo, el parpadeo, el aumento del tono de voz.

ANÁLISIS DEL ESTRÉS DE LA VOZ:

Se le conoce como estilometría, y consiste en analizar la prosodia, es decir, lo no verbal, como el tono, las pausas, la latencia de respuestas.

ENTREVISTA ASISTIDA CON DROGAS:

Consiste en el empleo de barbitúricos como el amobarbital sódico o suero de la verdad, el cual al ser suministrado produce depresión en el sistema reticular activador del tallo encefálico, anulando en el paciente la capacidad de crear emociones, sentimientos y hechos en su mente, es decir inhibe, pero permite que el paciente responda a preguntas dirigidas y en consecuencia diga la verdad.⁹

Si bien es cierto que no existe estandarización para valorar los indicadores conductuales de la credibilidad, y que estos indicadores son solo teorías, también lo es el hecho de que, en psicología se afirma que, EL CUERPO ES UNA FUENTE DE INFORMACIÓN MAS RICA QUE EL ROSTRO PARA DETECTAR EL ENGAÑO, por lo que es importante resaltar que los instrumentos científicos antes mencionados constituyen un gran esfuerzo de la psicología, y ésta acepta que no se puede responder con exactitud tecnológica a la pregunta sobre la veracidad de un testimonio, y que cada uno de estos instrumentos son criticables y tienen sus propias limitaciones, pero no se puede negar que constituyen un gran aporte que puede contribuir a determinar la credibilidad de un testimonio, y estoy seguro, aunque parezca utópico, que si en Guatemala el Organismo Judicial incluyera de una manera mas profunda en la carrera judicial un curso relacionado a este tema, y contara con un cuerpo de profesionales, los cuales puedan intervenir en los procesos como auxiliares en la administración

⁹ Estrategias Psicológicas para Evaluar el Testimonio. www.psicologíajurídica.org.

de justicia para apoyar a los y las juezas, se acercarían mas al grado de certeza, en consecuencia se dictarían mas sentencias justas y apegadas a derecho.

BIBLIOGRAFIA

- Alonso-Quecuty, M.L (1993). Interrogatorio a Testigos, Víctimas y Sospechosos. Valencia Promo libro.
- Aarce, R y Fariñas. (2005). El Sistema de Evaluación Global de la Credibilidad del Testimonio.
- Estrategias Psicológicas para Evaluar la Veracidad del Testimonio. www.psicologíajurídica.org.
- Garrido, E, Massip; (1998). Evaluación de la Veracidad del Testimonio. Trabajo presentado en el V. Congreso de Evaluación Psicológica, Benalmadena-Málaga. Abril-mayo 1998.
- Massip, J, Garrido, E. (2001). La Evaluación de la Credibilidad del Testimonio en Contextos Judiciales a partir de Indicadores Conductuales. Anuario de Psicología Jurídica. (2000)

EL RECURSO DE REVISIÓN, FACULTAD DEL JUEZ DE EJECUCIÓN PENAL Y LA APLICACIÓN DE LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL

EL RECURSO DE REVISION, FACULTAD DEL JUEZ DE EJECUCION PENAL Y LA APLICACION DE LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL.

Lic. Rigoberto Vargas Morales
(Supervisor Unidad de Supervisión IDPP)

Capítulo I

Consideraciones Generales:

El Recurso de Revisión

Concepto:

Se entiende de manera pacífica en España que la revisión no es un recurso, sino un proceso al menos en sentido formal, pues no es un verdadero proceso entre partes, por el que se ataca la cosa juzgada material de una sentencia penal firme, que es injusta con base en determinados motivos, en particular por causa de hechos falsos o de hechos nuevos. Los antecedentes son también los mismos.

La revisión de una sentencia penal tiene por fuerza un gran alcance, porque si uno de los fines del proceso penal es hallar la verdad material, no puede admitirse que la firmeza de la sentencia impida definitivamente su búsqueda, que prevalezca contra esa verdad el efecto preclusivo de la sentencia. Por ello no hay sujeción a plazo alguno, pudiendo intentarse después de fallecida la persona legitimada.

El recurso de revisión es la acción declarativa que se ejerce para invalidar sentencias firmes o ejecutoriadas. El recurso de revisión procede en contra de sentencias condenatorias por delitos graves o delitos comunes, según lo regula nuestra ley sustantiva penal. La revisión es una institución

procesal que puede ser utilizada entre otros motivos por la existencia de una ley más benigna que la aplicada en la sentencia. Para el autor Fabio Calderón Boteo la revisión “es un medio extraordinario de impugnación que tiende a remover una sentencia condenatoria injusta que hizo tránsito a una cosa juzgada, mediante un nuevo debate probatorio, por haber sido proferida con base en un típico error de hecho sobre la verdad histórica del acontecimiento del actual o contravencional que dio origen al proceso o fue tema de éste”¹. En lo personal no comparto con el autor citado al señalar que la revisión es un medio extraordinario de impugnación, ya que si bien es cierto que nuestra ley adjetiva penal lo regula dentro del libro tercero título I del capítulo I impugnaciones, también es cierto que el mismo no tiene carácter extraordinario, pues la revisión debe conceptualizarse como una revisión de sentencia, o procedimiento de revisión de sentencia ejecutoriada. Al respecto el Licenciado Edgardo Enrique Enríquez Cabrera, señala “el objeto de la revisión es perseguir la anulación de una sentencia penal ejecutoriada, cualquiera que sea el tribunal que la haya dictado, aún en casación, y sólo procede a favor del condenado a cualquiera de las penas previstas para los delitos o de aquel a quien se le hubiere impuesto una medida de seguridad y corrección”.²

Naturaleza Jurídica:

Los autores doctrinarios del derecho penal, tienen diversos criterios en cuanto a que si la revisión es un recurso o por el contrario, es un juicio de revisión, se explica la razón que si fuere un recurso, solo procedería en contra de sentencias que no han causado cosa juzgada, es decir, sentencias no ejecutoriadas y la revisión solo procede contra sentencias firmes y una sentencia firme contra ella no se puede plantear recurso alguno. Nuestra ley adjetiva penal lo regula dentro del libro tercero como recurso, sin embargo, los mismos autores continúan hablando de recurso, por lo que a mi criterio personal la revisión seguirá siendo considerada como un recurso según la ley y como un juicio de revisión o una acción de impugnación

¹ Calderón Boteo, Fabio. Casación y Revisión en Materia Penal. Editorial Temis, Bogotá. 1973, Pág. 131.

² Enríquez Cabrera, Edgardo Enrique. El Recurso de Revisión en la Doctrina y en la Legislación Guatemalteca. 1994. Pág. 22.

en la doctrina. Se advierte que la Revisión sólo procede en contra de sentencias condenatorias debidamente ejecutoriadas. El autor Peruano Domingo García Rada señala “la revisión es un medio que ataca la santidad de la cosa juzgada y conmueve los cimientos del orden jurídico al autorizar que una sentencia firme y ejecutoriada, sea nuevamente revisada en sus propios fundamentos y a la luz de nuevos hechos y circunstancias”.³

La facultad de impugnación del Juez de Ejecución Penal en la Revisión

Ordenamiento Jurídico Vigente:

Entre los medios de impugnación en el título VII se tiene la revisión para perseguir la anulación de la sentencia penal ejecutoriada, cualquiera que sea el tribunal que la haya dictado, aún en casación, sólo procede a favor del condenado a cualquiera de las penas previstas para los delitos o de aquel a quien se le hubiere impuesto una medida de seguridad y corrección.

La función de oficio del Juez de Ejecución Penal:

Entre la facultad para impugnar, la revisión según el artículo 454 numeral 3) del Código Procesal Penal, puede hacerlo el Juez de Ejecución Penal, como se dijo antes, se puede plantear revisión cuando exista la posibilidad de aplicación retroactiva de una nueva ley que resulte más benigna para el imputado, que la ley aplicada en la sentencia.

³ García Rada, Domingo. Manual de Derecho Procesal Penal. Pág. 317.

Capítulo II

El principio del Irretroactividad de la Ley Penal

Antecedentes:

El principio de Irretroactividad de la Ley Penal, tiene su origen en el derecho romano, el cual tiene carácter legalista, que tiene por objetivo la protección y seguridad jurídica al ordenamiento legal vigente, la irretroactividad es considerado como un principio protector mediante el cual se asegura que al responsable de un hecho ilícito le sea impuesta la pena vigente al momento de la comisión del delito. Este principio de Irretroactividad de la Ley Penal se expandió a todos los países y actualmente es considerado universalista para cada uno de los ordenamientos jurídicos de cada Estado. Sin embargo debemos considerar que la prohibición expresa de la irretroactividad de la Ley Penal es siempre y cuando se perjudique al imputado, pero la prohibición de irretroactividad de la Ley no se extiende al supuesto de que la nueva Ley lo beneficie, para cuyo caso y bajo el Principio de *Indubio pro reo*, si le pueda ser aplicable el nuevo dispositivo legal. La irretroactividad de la ley penal es un principio de rango constitucional que significa que la ley rige del presente al futuro y nunca con efecto retroactivo al hecho ocurrido con anterioridad a su vigencia. Al respecto se pronuncia el Licenciado José Francisco de Mata Vela quien expresa “El principio fundamental de la irretroactividad de la ley, que en la doctrina es universalmente válido y reconocido por la mayoría de legislaciones del mundo en materia penal, es consecuencia del principio de legalidad por lo que responde a razones de seguridad jurídica de los ciudadanos frente al poder punitivo del Estado, de tal manera que en nuestro país como en muchos otros, ha sido elevado a categoría de rango constitucional como un derecho individual de las personas”.⁴ La excepción se encuentra en el principio *Indubio pro reo*, esto es, si la nueva ley es más benigna, debe aplicarse. Por lo que se debe dejar claro que el principio de Irretroactividad de la Ley Penal, tiene excepciones por virtud del principio del *Indubio Pro Reo*, que es la Retroactividad y la Ultractividad de la Ley Penal, que más adelante se hablará en el presente trabajo y la tarea será investigar con

⁴ De Mata Vela, José Francisco, Manual de Derecho Penal Guatemalteco. Impresos Industriales, S.A. Guatemala. 2001. Págs. 111 y 112.

que ley debe juzgarse un hecho: si con aquella que regía cuando el hecho se cometió, o con la que rige cuando se dicta la sentencia, o se cumple la pena. El principio de irretroactividad de la ley penal es una garantía fundamental de todo Estado de Derecho. Es un derecho Constitucional que impide que a hechos pasados se apliquen disposiciones futuras desfavorables para el imputado. Ello para evitar que en un momento se pueda motivar al legislador a dictar leyes para el juzgamiento más severo de conductas pasadas que revisten mayor gravedad. Al contrario de la irretroactividad de la ley penal, se rige el principio de Retroactividad de la Ley en cuyo caso debe aplicarse la norma penal posterior a la comisión del hecho punible si es más favorable al imputado. Si el correcto entendimiento del principio de irretroactividad significa que está vedado aplicar una ley desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor, al mismo tiempo expresa que los efectos de una ley perjudicial cesan cuando ha terminado su imperio, bien porque en una sucesión de leyes se contempla la situación más benignamente o porque deja de contemplarse sin más.

Definición:

La Irretroactividad de la Ley Penal, es un principio universal con carácter legalista, que brinda seguridad jurídica al ordenamiento legal vigente y protege al procesado o acusado de un hecho delictivo para que en el caso de ser sancionado penalmente, le sea impuesta la pena establecida en la ley al tiempo de cometerse el delito, limitando al legislador que pueda ser aplicada una anterior o posterior al hecho. La Constitución Política de la República de Guatemala, regula esta institución en su artículo 15 que indica: **Irretroactividad de la ley.** La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo.

Naturaleza Jurídica:

Después de haber estudiado los antecedentes del principio de Irretroactividad de la Ley Penal, estamos en capacidad para señalar su Naturaleza Jurídica, la cual consiste en garantizar al sindicado de la

comisión de un hecho punible, que la pena a imponer será la establecida en la ley al momento de haberse cometido el hecho. Esto significa que el principio de Irretroactividad de la Ley Penal, constituye una seguridad jurídica al ordenamiento penal vigente.

Capítulo III

La Retroactividad de la Ley Penal

Naturaleza Jurídica:

La Retroactividad de la Ley Penal, como excepción a la Irretroactividad de la Ley Penal, ordinariamente significa accionar hacia atrás, por lo que su naturaleza jurídica es la posibilidad de la aplicación de una nueva ley a favor del condenado cuando ésta le favorezca.

Concepto:

Para el tratadista Alemán Claus Roxin “la prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad política jurídica por el hecho que todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar a posteriori las previsiones de la pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables”.⁵

Constituye una de las excepciones al principio de Irretroactividad de la Ley Penal, con ocasión de la aplicación del principio de ***In Dubio Pro Reo***, que consiste en hacer aplicación de una nueva ley al caso concreto, cuando esta favorezca al condenado. La prohibición de retroactividad significa que la imposibilidad de aplicar desfavorable alcanza no solamente a los hechos que ha tenido lugar con anterioridad a su entrada en vigor, sino también a las consecuencias o situaciones que tienen lugar

⁵ Roxin, Claus. Derecho Penal, Parte General. La Estructura de la Teoría del Delito Editorial Civitas S.A. Pág. 161.

bajo su vigencia, pero han sido creadas o generadas previamente por la ley anterior más benigna, También aquí debe aplicarse la ley más favorable, como una consecuencia directa de la prohibición de retroactividad de la ley perjudicial. Siempre el Licenciado José Francisco de Mata Vela señala “la retroactividad consiste en aplicar una ley vigente con efecto hacia el pasado, a pesar de que se haya cometido el hecho bajo el imperio de una ley distinta y ya se haya dictado sentencia”.⁶

La importancia de su aplicación en el Derecho Penal:

El artículo 453 del Código Procesal Penal, regula el Recurso de Revisión el cual señala: **Objeto.** La revisión para perseguir la anulación de la sentencia penal ejecutoriada, cualquiera que sea el tribunal que la haya dictado, aún en casación, sólo procede a favor del condenado a cualquiera de las penas previstas para los delitos o de aquel a quien se le hubiere impuesto una medida de seguridad y corrección y el artículo 454 determina los sujetos que tienen facultad para interponer el Recurso de Revisión, según nuestra ley adjetiva penal. El artículo 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos estipula **Principio de Legalidad y de Retroactividad.** “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. En términos similares se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 15.1 “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. Por último la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11.2 señala: Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no

⁶ De Mata Vela, José Francisco. Manual de Derecho Penal Guatemalteco Impresos Industriales, S.A. Guatemala. 2001. Pág. 115.

fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”. Como hemos visto, la Retroactividad de la ley tiene sustentación legal internacional.

Sujetos que pueden promoverlo:

1. El propio condenado o a quien se le hubiere aplicado una medida de seguridad y corrección, aún cuando hubiere sido ejecutada total o parcialmente.

Si es incapaz, sus representantes legales; y si ha fallecido, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes o hermanos.

2. El Ministerio Público

3. El Juez de ejecución en el caso de aplicación retroactiva de una ley penal más benigna.

El artículo 455 numeral 6) del Código Procesal Penal señala: La aplicación retroactiva de una ley penal más benigna que la aplicada en la sentencia. Explicado del principio de Retroactividad de la Ley Penal y el contenido del recurso de revisión, nos damos cuenta que este principio resulta de vital importancia su aplicación en el proceso penal, por cuanto puede suceder que encontrándose el condenado cumpliendo la sanción penal, el legislador emita una nueva ley más benigna que la aplicada en la sentencia.

Crítica del recurso de revisión como institución procesal:

Guatemala, así como la mayoría de los países latinoamericanos, han tenido la necesidad de realizar políticas de criminalidad ante el flagelo del crimen organizado, la delincuencia común y el narcotráfico internacional, que ha obligado a estos países a crear nuevas leyes y reformar las ya vigentes para hacer frente a la inseguridad en la que se encuentran dichos

Estados, lo que viene a contradecir la doctrina penal en cuanto a que el derecho penal debe constituir la *ultima ratio*, es decir, su mínima intervención en los conflictos sociales de cada país, es evidente y preocupante que en un Estado Democrático de Derecho, pueda ocurrir que en vez de minimizar las penas, éstas se están aumentando, es decir, existe en el legislador un maximalismo, pues cada día se crea nuevas figuras delictivas y las penas de prisión van en aumento, existiendo una política criminal cada vez más represiva, en perjuicio de los integrantes de la sociedad que en un momento pueden constituirse como sujeto activo del delito. La crítica que se hace al recurso de revisión es que jamás el juez de ejecución penal podrá actuar de oficio en el planteamiento de dicho recurso de revisión, considerando que en nuestro país jamás se emitirán nuevas leyes estimadas más benignas para el imputado y por ende el recurso de revisión constituye como una norma legal vigente, pero no positiva por las razones antes apuntadas.

Capítulo IV

La Ultractividad de la Ley Penal

Concepto:

Se deja asentado que la norma jurídica solamente rige hacia el futuro, sin embargo, puede presentarse la necesidad de aplicar la Ultractividad de la Ley como excepción del principio de Irretroactividad de la Ley Penal, es decir, cuando una ley derogada sigue produciendo efectos para determinados casos concretos, por lo que consideramos que la Ultractividad de la Ley Penal puede ser conceptualizado diciendo: Que constituye al igual que la Retroactividad de la Ley Penal, una excepción del principio de la Irretroactividad de la ley, el cual consiste en aplicar una ley anterior derogada, por ser la más benigna para el imputado en atención al principio del *In dubio Pro Reo*, regulado en el artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala y 14 del Código Procesal Penal. En el derecho penal se utiliza la Ultractividad de la Ley específicamente en las disposiciones transitorias que se expresa en la parte final de una nueva ley, en el cual el imputado puede ser favorecido por aplicación de una ley derogada al tiempo de dictar la sentencia, esto de conformidad con el artículo 2 de nuestra ley Sustantiva Penal. (Código Penal). En términos similares el profesor

Universitario Licenciado José Francisco de Mata Vela, al referirse a la Ultractividad de la ley señala “Nuestra legislación penal sustantiva encierra dentro de la denominada “extractividad” la “retro” y la “ultra” que en todo caso se refieren a la aplicación de la ley penal más benigna, por lo que resulta imperativo establecer previamente cual es la ley que más beneficia al procesado, si la existente en el momento de cometer el acto delictivo, o bien la que rige en el momento de dictar la sentencia, o cuando se cumpla la condena”.⁷

Naturaleza Jurídica:

Vimos al hablar de la Retroactividad de la ley, que ésta constituye una excepción al principio de Irretroactividad de la ley y que puede ser aplicada cuando una nueva ley resulte más benigna para el acusado que se encuentre en trámite el proceso penal o en su caso, se encuentre cumpliendo su condena. Por el contrario, la Ultractividad de la ley, es otra de las excepciones del principio de Irretroactividad de la ley, que consiste en la aplicación de una ley anteriormente derogada, cuanto ésta sea más benigna para el imputado.

Actuación legal del Abogado Defensor Público:

El Abogado Defensor Público es un profesional del derecho, capacitado para prestar una asistencia legal gratuita a personas de escasos recursos económicos y como tal, es responsable de su gestión dentro del proceso penal, deberá tener en cuenta que su actividad procesal es técnica, que implica tener el conocimiento y destreza para hacer suyo los intereses de su patrocinado, velando siempre con la observancia del debido proceso y derecho de defensa de su cliente y en éste orden de ideas, puede argumentar y fundamentar la institución procesal de la Ultractividad de la Ley Penal, solicitando al Juez contralor de la investigación, haga aplicación de una ley que ha sido derogada, pero que resulta más benigna para su patrocinado.

⁷ De Mata Vela, José Francisco. Manual de Derecho Penal Guatemalteco. Impresos Industriales. S.A. Guatemala. 2001. Pág. 117.

Capítulo V

La institución procesal de cosa juzgada

Antecedentes:

Según la doctrina la cosa juzgada (del latín *res iudicata*) tiene su origen en el derecho romano, con el aparecimiento de la figura de la excepción de cosa juzgada (*exceptio res iudicata*). Con la misma se define la protección de las partes de un nuevo juicio y una nueva sentencia sobre el mismo objeto y se busca con ello satisfacer una necesidad de certeza o seguridad jurídica. Resulta ser el efecto de una sentencia judicial en la cual no permite la interposición de medios de impugnación para modificarla (sentencia firme) en cuanto a lo resuelto en juicio. Constituye una garantía de lo resuelto en el proceso. La existencia de la cosa juzgada (*res iudicata*), evita que una persona pueda ser juzgada dos veces por el mismo hecho, (*Non bis in idem*), por lo que en el caso que se intente la posibilidad de ser juzgados por segunda vez, permite alegar la excepción de cosa juzgada, para dar certeza y seguridad jurídica a lo resuelto en juicio (sentencia firme).

Naturaleza jurídica:

Luego de haber analizado los antecedentes históricos de la cosa juzgada, para el profesor Ludwin Guillermo Magno Villalta Ramírez, “la cosa juzgada implica impugnabilidad, imposibilidad de cambiar de contenido gracias al valor de seguridad, no procede recurso alguno, a excepción claro está cuando se trate de bienes en juego de tanta importancia como la vida o la libertad del condenado o reo y haya datos relevantes o causas desconocidas en el proceso fenecido o una nueva circunstancia que evidencian claramente errores que hacen que la verdad jurídica sea manifiestamente distinta a lo ocurrido en la realidad objetiva, o se descubran actividades dolosas que demuestran que el principio de cosa juzgada lesiona la justicia, toda vez que no puede existir seguridad donde hay injusticia”.⁸

⁸ Villalta Ramírez, Ludwin Guillermo Magno. Principios, Derechos y Garantías Estructurales en el Proceso Penal. 2ª. Edición. Guatemala. Enero 2007. Pág. 94.

En lo personal considero que la cosa juzgada, su naturaleza jurídica estriba en dar certeza y seguridad jurídica a la sentencia definitiva, que ha resuelto la situación jurídica del acusado con una presunción de verdad y que ésta presunción de verdad debe ser perdurable y permanente proporcionando protección al ordenamiento jurídico vigente.

Conceptualización:

La cosa juzgada es una institución de carácter procesal, que su efecto es la sentencia firme, el cual protege a la persona de ser objeto de nuevo juicio y nueva sentencia. Su pretensión es asegurar la estabilidad jurídica de la declaración de derechos que la sentencia reconoce y permite la inmutabilidad.

Clasificación de la cosa juzgada:

Según la doctrina, la cosa juzgada tiene sus clasificaciones, sin embargo, en su Mayoría de veces se distingue la Cosa juzgada formal y la cosa juzgada material, la cual hablaremos de cada una de ellas:

La Cosa Juzgada Formal: Es aquella que implica la imposibilidad que una determinada decisión judicial sea recurrida o la improcedencia de los recursos legales contra ésta. Una resolución judicial que goza de esta clase de cosa juzgada, no puede ser objeto de más recursos. Por su parte el autor Antonio María Lorca Navarrete señala “También la cosa juzgada formal produce la inatacabilidad directa de la resolución judicial como efecto fundamental, lo que implica la firmeza de la misma”.⁹

La Cosa Juzgada Material: Es aquella que implica la inatacabilidad de un resultado procesal, mediante el inicio de un nuevo juicio. Sus efectos se producen en el proceso en que se dictó la sentencia, el cual se considera estable y permanente su contenido. El profesor Valentín Cortés Domínguez

⁹ Lorca Navarrete, Antonio María, *Introducción al Derecho Procesal*, Organización Judicial Española y Principios Rectores del Proceso Español. Editorial Dykinson. 2ª. Edición. Madrid. 1995. Pág. 880.

dice: “la cosa juzgada penal lo que evita consiguientemente es que una misma persona sea enjuiciada penalmente dos veces por los mismos hechos”.¹⁰

Efectos de la cosa juzgada:

La cosa juzgada es el efecto de la sentencia firme, produce certeza y seguridad jurídica para exigir la estabilidad de lo resuelto en juicio, es inmutable, inatacable, se cierra toda posibilidad para modificar la sentencia, se utiliza como medio de defensa frente a un nuevo juicio. Es decir, excluir toda posibilidad de ser juzgado por segunda vez.

La revisión y la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada:

Al inicio del presente trabajo de investigación, se habló del recurso de revisión el cual se encuentra regulado en el artículo 453 del Código Procesal Penal y se dijo que la pretensión es perseguir la anulación de la sentencia penal ejecutoriada, esto resulta contradictorio con la institución procesal de la cosa juzgada, si hacemos memoria, se dijo que los autores del derecho no tienen definido si la revisión pueda ser considerado como recurso, como acción o como revisión de sentencia, lo cierto es que cualquiera que sea, la revisión procede en contra de sentencias condenatorias firmes debidamente ejecutoriadas, el cual puede ser interpuesto por el Juez de Ejecución Penal en los casos procedentes, de conformidad con el artículo 454 del Código Procesal Penal, aplicación retroactiva de una ley penal más benigna y los motivos están establecidos en el artículo 455 del Código Procesal Penal.

Trámite de la revisión:

La revisión se interpone por escrito, ante la Corte Suprema de Justicia, con expresión concreta de los motivos en que se funda y las disposiciones legales aplicables, se ofrecerá en el escrito toda la prueba documental para acreditar su pretensión. Artículo 456 del Código Procesal Penal.

¹⁰ Cortés Domínguez, Valentín. Derecho Procesal Penal. 2ª. Edición. 1997. Pág. 624.

Admisibilidad de la revisión:

Recibida la impugnación, el tribunal decidirá sobre su procedencia. Podrá sin embargo, si el caso lo permite, otorgar un plazo al impugnante para que complete los requisitos faltantes. Artículo 457 del Código Procesal Penal. Esto último en atención a lo expresado en el artículo 399 del cuerpo legal citado.

Instrucción:

Inmediatamente después de admitida la revisión, el tribunal dará intervención al Ministerio Público o al condenado, según el caso y dispondrá, si fuere necesario, la recepción de los medios de prueba que ofreció el recurrente o que crea útiles para la averiguación de la verdad. Artículo 358 del Código Procesal Penal. Esta es la importancia de adjuntar al escrito inicial la prueba documental pertinente y útil a que hace referencia el artículo 456 del Código Procesal Penal.

Audiencia:

Concluida la instrucción se señalará una audiencia para que se manifiesten quienes intervienen en la revisión, pudiendo acompañar alegatos escritos que funden su petición. Artículo 459 del Código Procesal Penal. De igual manera se presenta con el trámite del Recurso de Apelación Especial y de Casación, en cuanto a la presentación de alegatos por escrito, según los artículos 427 y 446 del Código Procesal Penal.

Decisión:

El tribunal decidirá declarando con o sin lugar la revisión, anulada la sentencia remitirá a nuevo juicio cuando el caso lo requiera, o pronunciará la sentencia definitiva. Artículo 460 del Código Procesal Penal.

Efectos de la sentencia con motivo de la procedencia de la revisión:

Los efectos de la sentencia, en el caso de haber declarado con lugar la revisión, se pueden clasificar en: jurídicos, patrimoniales y morales.

Jurídicos: ya que según el caso, en la sentencia de ordenará la libertad del que fue condenado o aplicada una medida de seguridad y corrección, aplicará la nueva pena o practicará un nuevo cómputo, cuando en la nueva sentencia se impusiere pena al condenado, con abono del tiempo que hubiere estado en prisión; Patrimoniales: según el caso, podrá haber restitución total o parcial de suma de dinero pagada en concepto de multa, así como la reparación de daños que podrá ser a favor del condenado, o después de su muerte, a los herederos que lo soliciten, es decir, que puede darse una indemnización. Al respecto la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en su artículo 10, señala: “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial” y Morales: que de acuerdo al caso, pueden cesar las penas accesorias decretadas en la sentencia, de conformidad con el Artículo 462 del Código Procesal Penal.

Rechazo de la revisión:

La declaratoria de improcedencia de la revisión, no perjudicará la facultad de peticionar nuevamente, fundada en elementos distintos; pero las costas de una revisión rechazada estarán siempre a cargo de quien la interponga, salvo el caso del Ministerio Público. Artículo 463 del Código Procesal Penal. Esto significa que la norma legal citada no lo exime del pago de las costas procesales al Juez de Ejecución Penal que tiene la facultad para interponer la revisión.

La impugnabilidad de la resolución que resuelve la revisión:

El actual código Procesal Penal, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República, no tiene regulado sobre la posibilidad de impugnar la resolución judicial que declara sin lugar la revisión, esto se desprende de la interpretación que se hace del contenido del artículo 463 del cuerpo legal antes citado, al indicar que la improcedencia de la revisión no perjudicará la facultad de peticionar nuevamente fundada en elementos distintos. Por lo que se puede promover la revisión tantas veces como sea necesario hacerlo, según las circunstancias que se presenten a favor del condenado o a quien se le haya impuesto una medida de seguridad y corrección.

Bibliografía

Textos:

1. Calderón Boteo, Fabio. **Casación y revisión en materia penal**
Editorial Temis, Bogotá. 1973.
2. Enríquez Cabrera, Edgardo Enrique.
**El Recurso de Revisión en la Doctrina y
en la Legislación Penal Guatemalteca.**
3. García Rada, Domingo. **Manual de Derecho Procesal Penal.**
Lima Perú 1978.
4. De Mata Vela, José Francisco.
Manual de Derecho Penal Guatemalteco.
Impresos Industriales S.A. Guatemala. 2001
5. Roxin, Claus. **Derecho Penal, Parte General Tomo I.**
La Estructura de la Teoría del Delito.
Editorial Civitas S.A. Madrid España.
6. Cortés Domínguez, Valentín. **Derecho Procesal Penal.**
2ª. Edición. 1997. Pág. 624.
7. Villalta Ramírez, Ludwin Guillermo Magno.
**Principios, Derechos y Garantías
Estructurales en el Proceso Penal.**
2ª. Edición. GuatemalaEnero 2007. Pág. 94.

Legislación Nacional:

1. Constitución Política de la República de Guatemala
2. Código Procesal Penal
3. Código Penal

Legislación Internacional:

1. Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).
2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
3. Declaración Universal de Derechos Humanos.

A green parakeet with dark spots on its chest and wings is perched on a light-colored wooden branch. The background is a soft, out-of-focus green.

**LA FALTA DE MÉRITO
CONFIRMADA DE
DIEGO CATINAC CARRILLO**



LA FALTA DE MÉRITO CONFIRMADA DE DIEGO CATINAC CARRILLO

M.A. Rubby Orlando Arreola
(Defensor Público)

INTRODUCCIÓN

Una de las interrogantes más recurrentes que sabemos se plantea la Criminología, es: ¿Por qué delinque el Hombre?, e inmediatamente después, nos situamos en el plano de la especulación y porque no decirlo filosófica, dado que la pregunta lo permite, no sólo porque la filosofía se interesa por la reflexión de todo fenómeno, si no porque además, ésta conecta el sistema de conocimientos de una variedad de disciplinas científicas, incluida claro está la criminología, que aspira particularmente a descubrir la etiología del fenómeno criminal abarcando por cierto al sujeto comisor del delito.

En la ardua tarea de responder a la interrogante planteada por la criminología, se abordan tópicos de diferentes áreas del conocimiento humano, tales como, la sociología, la psicología criminal, la antropología, la economía política, y cuantas otras más, para luego encontrarnos con un mosaico de complejos factores de distinta índole, tales como, la miseria económica, la pobreza cultural, el analfabetismo, la desintegración familiar, etcétera, cuya dinámica contribuye a edificar la tipología de nuestro hombre delincuente a quien el control social informal no ha podido moldear para bien, (aunque no necesariamente suceda lo mismo con el delincuente de cuello blanco), sin embargo dar respuesta a nuestra no menos complicada y recurrente interrogante no es por supuesto el propósito de ésta reflexión, la cual agotaría toda una biblioteca en los más diversos campos del conocimiento científico.

En consonancia con las líneas que se han escrito y por supuesto con el propósito del presente artículo, vale la pena plantearse una nueva interrogante, la cual sería: ¿Sabe el hombre delincuente, que está realizando un delito cuando lo comete?, y por instantes cualquiera pensaría que es un absurdo responder en algunos casos negativamente la pregunta, pero con ella incursionaremos someramente en el apasionante mundo del derecho penal y de la teoría general del delito, encontrándonos con figuras e instituciones propias de esta disciplina jurídica como lo son: el elemento subjetivo del delito, el dolo, la culpabilidad, el finalismo, el error de prohibición entre otras, las cuales se abordarán y conformarán el marco conceptual del caso que a continuación se presentará.

¡Pericas, Pericas!, fue el grito que dio don Diego Catinac Carrillo, y que escucharon los agentes aprehensores en el mercado local de Santa Cruz del Quiché, el día que el sindicato fue aprehendido y luego consignado ante las autoridades judiciales por el ilícito penal de Tráfico Ilegal de Flora y Fauna, cuya normativa literalmente dice: Será sancionado con prisión de cinco a diez años y multa de diez mil a veinte mil quetzales, quien ilegalmente transporte, intercambie, comercialice o exportare ejemplares vivos o muertos, partes o derivados de productos de flora y fauna silvestre amenazadas de extinción, así como de las endémicas y de aquellas especies consideradas dentro de los listados de especies amenazadas y en peligro de extinción publicados por el Conap.¹

Al incoado se le reprochaba el hecho de vender o comercializar en el mercado local con aves silvestres en peligro de extinción que resultaron ser dos pericas cuyo plumaje era de color verde, y de nombre científico *BOLBORHYNCUS LINEOLA*, además de ello la prevención policial incluía parte de la investigación preliminar, la cual decía: La especie *PERICA BOLBORHYNCUS LINEOLA*, se encuentra actualmente en Índice del CONSEJO NACIONAL DE AREAS PROTEGIDAS del CONAP, Apéndice II de CITES, Convención Sobre el Comercio de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestre, información proporcionada por el técnico de Vida

¹ Ley de Áreas Protegidas, decreto 4-89 del Congreso de la República de Guatemala, artículo 82.

Silvestre del CONAP, Sololá Francisco Otzin, así mismo existe una solicitud de investigación de parte de la AGENCIA DE CONTAMINACIÓN FISCALÍA DELITOS CONTRA EL AMBIENTE, Ministerio Público de la Ciudad Capital de fecha veintisiete de abril de 2010, donde piden se investigue la venta de estas especies en el área de Nahualá y de las personas que se dedican a esta venta, la evidencia incautada lo constituye dos pericas.

Lo curioso del asunto, es que como operadores de justicia antes del momento en que se produjera la primera declaración del sindicado, nos aprestábamos a descargar de la Internet la información jurídica y legislativa necesaria del caso para estar preparados de lo que en ese momento fuera a suceder, y en efecto cronológicamente, cuando el imputado rinde su primera declaración, manifiesta desconocer que el hecho de tener, ofrecer o vender esas dos pericas, ese sólo hecho era constitutivo de delito, afortunadamente contaba con cédula de vecindad y en la misma se advertía que el procesado NO SABÍA LEER NI ESCRIBIR, el defensor le hizo algunas preguntas tales como, si el sabía que era la Flora, o si el sabía que era la Fauna, a lo cual respondió sonriendo y ruborizado que NO SABÍA. Seguidamente el Ministerio Público solicitaba que el imputado quedara ligado a proceso penal por el delito de Tráfico Ilegal de Flora y Fauna, y no se oponía a que el sindicado gozara del beneficio de medidas sustitutivas a la prisión. El defensor del procesado argumentó técnicamente y el núcleo central de dicha argumentación en función de la cual se basa la estrategia de defensa en primera declaración lo constituye el desconocimiento de la antijuridicidad, es decir, ignorancia de la prohibición contenida en el tipo penal por parte de su defendido, y al momento de resolver, la titular del órgano jurisdiccional nomina la figura invocada por la defensa y resuelve aplicar la institución denominada error de prohibición, decretando la falta de mérito a favor del detenido, ordenando su inmediata libertad, a continuación algunos extractos de dicha resolución. “En el presente caso se hace un análisis de las actuaciones en primer lugar del Ministerio Público que imputo hechos al sindicado en donde se evidencia en la prevención policial la detención del sindicado porque se cree que el mismo participó en el delito establecido en el artículo 82 de la Ley de Áreas Protegidas y en el presente hecho se habla de dos aves que según la ley está en peligro

de extinción y como se ha demostrado en las fotografías presentadas por el Ministerio Público, así mismo se hace ver dentro de los elementos de investigación las declaraciones de los agentes captadores, y tomando en cuenta lo establecido en el artículo 64 de la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que se considera que el sindicado ha incurrido en un error de prohibición por lo que se considera pertinente decretar LA FALTA DE MÉRITO a favor de DIEGO CATINAC CARRILLO por el delito de TRAFICO ILEGAL DE FLORA Y FAUNA” . Independientemente que dicha motivación, estoy seguro despertará el intelecto crítico propio de los abogados, la misma fue confirmada por la Sala Regional competente, que si bien es cierto, no amplía en cuanto a la dogmática penal, la misma es coherente en respaldar los criterios vertidos por la juzgadora, por lo que la resolución de primer grado causó estado, y se estima que mientras persista la causa por la cual básicamente se decretó la falta de mérito, es decir aquella que se fundamenta en el error de prohibición, por desconocimiento de la antijuricidad y de la conducta prohibida que es propia e inherente por así decirlo a la personalidad del imputado, y aún así existan otros medios de investigación que tenga a bien incorporar el ente acusador, (ya que la juzgadora motivó que la falta de mérito no cierra la causa penal), no se podrá reabrir la causa penal si se mantienen las circunstancias relativas a la ausencia de voluntariedad por parte del imputado.

En el Código Penal Guatemalteco no se encuentra legislada expresamente la figura del error de prohibición, pero si está legislada la institución del delito doloso, la cual estipula: “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;² ahora bien, para la dogmática penal el dolo es el elemento nuclear del tipo subjetivo y por dolo se debe entender aquella 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”.³ Se distinguen entonces en el dolo los siguientes

² Código Penal de Guatemala, decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, artículo 11.

³ González Cahupé - Cazaux, Eduardo, Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco Teoría del Delito, Ciudad de Guatemala, Fundación Myrna Mack, segunda Edición 2003, página 55.

elementos: el conocimiento del tipo objetivo, la voluntad de realizarlo, la plena conciencia de su realización, la reflexión para poder considerarlo, y por último su pretendida realización, lo que adquiere forma y encuentra sentido en la concepción finalista de la acción, la cual predomina en la dogmática penal moderna, porque sobrepone la voluntad y la intención de querer del sujeto a la simple mecánica de la producción del resultado causal.

En la actualidad, es decir en pleno siglo veintiuno, para algunos operadores de justicia el conocimiento del ordenamiento jurídico penal por parte de la población, viene dado por generación espontánea, al punto de sostener sobre la base de una ley general (ley del organismo judicial) que está prohibido invocar ignorancia de la legislación, pero, ¿cuál es esa legislación? acaso es la misma legislación constitucional (por mencionar la norma superior) que define a todos los hombres como ciudadanos con todos sus derechos, pero que dicho sea de paso, para la mayoría de hombres o ciudadanos de este país ni siquiera saben de la existencia de esa ajena constitución porque son analfabetos, es decir, se les exige a los habitantes la observancia rigurosa de un ordenamiento legal, cuando no se les proporciona educación para conocerlo, o en todo caso, estamos frente a la indiferencia de una conciencia colectiva del sistema de justicia que divorciada además del problema más vivido y conocido, pero también más evadido e ignorado de la sociedad guatemalteca cual es el subdesarrollo económico acompañado claro está del analfabetismo, que al decir del escritor Uruguayo Eduardo Galeano⁴ “El subdesarrollo no es una etapa del desarrollo, es su consecuencia. El subdesarrollo de América Latina proviene del desarrollo ajeno y continúa alimentándolo”. Es atendible entonces ante tales circunstancias la necesidad de una dosis de conciencia social por parte del defensor público, ya que el servicio que se presta en la institución está proyectado hacia la mayoría de la población que sufre las secuelas de la enfermedad de Guatemala, la miseria y el analfabetismo, que para colmo de males dicha población, además de ser pobre es el banquete preferido del sistema de justicia penal.

⁴ Galeano, Eduardo, Las Venas Abiertas de América Latina, Editores siglo veintiuno primera edición año 1971, página 470

Está claro entonces, que nuestro personaje, desconocía que las dos pericas que ofrecía en el mercado local de nombre científico *BOLBORHYNCUS LINEOLA* se encontraban protegidas por una ley especial, ello por tratarse de una especie en extinción, ya que si bien es cierto, su conducta encajaba mecánicamente, en el verbo rector de la estructura del tipo penal en abstracto, ello para pretender subsumir tales hechos en el supuesto jurídico de la norma penal, también lo es, que en cuanto al elemento subjetivo, su intención y voluntad estaba muy distante de esa conciencia en lesionar la flora y la fauna, el hábitat de esas especies en extinción y el eco sistema de dichas especies animales, es decir aves en peligro de extinción, más bien, parece que su intención era subsistir en la miseria, en el contexto de una economía informal que le proporcionara algunos ingresos para satisfacer sus necesidades más urgentes, que por cierto al parecer, el alfabetizarse no estaba dentro de sus prioridades; en resumen al sindicado no se le puede reprochar la consecuencia de su comportamiento, ya que, al que ignora como comportarse por desconocimiento del texto especializado de la ley, no se le puede exigir la observancia rigurosa de la misma, aún se trate de una norma positiva vigente, cuando ésta no ha sido suficientemente difundida por el Estado, en los programas que la misma normativa especial exige para su conocimiento.

El error de prohibición es entonces el desconocimiento del hecho de estar prohibida la realización de la conducta,⁵ y en el presente caso, don Diego Catinac Carrillo, estaba realizando la conducta típica, pero ignoraba que la misma estaba prohibida por una ley especial y si el sujeto infractor no sabe que su hacer está prohibido, entonces tampoco puede motivarse conforme a la norma penal, y sin ello no puede hablarse de culpabilidad para que se le pueda exigir un comportamiento distinto al expresamente determinado en la ley penal especial, (principio de legalidad), siendo por cierto el conocimiento de la antijuricidad un componente esencial de esa culpabilidad, y si a ello agregamos que se necesitó de un perito para determinar que las dos pericas estaban en peligro de extinción

⁵ Mir. Puig, Santiago, Derecho Penal Parte General. Barcelona 1990. Editorial Publicaciones y Ediciones Universitarias Sociedad Anónima. Página 268

entonces era verdaderamente imposible que nuestro imputado advirtiera lesión alguna al bien jurídico tutelado.

Es importante también señalar, que la resolución dictada por la juzgadora que decretó la falta de mérito fue confirmada por el tribunal de segundo grado, aunque deja un margen de duda, al motivarse en la resolución de segundo grado, que por el momento no se tienen elementos de prueba (el concepto prueba es propio de la resolución de la sala) para sustentar la información sobre el hecho delictivo, extremo no compartido por la defensa, habida cuenta que por más elementos de investigación que se tengan para demostrar el hecho, la discusión se centra en la propia personalidad del imputado (el elemento subjetivo), a menos que esos medios de investigación respalden que el sindicado si tenía la capacidad de conocer la antijuricidad de la prohibición, porque lo que es el imputado, dada la garantía de presunción de inocencia, el mismo nunca estará obligado a demostrar que desconocía la prohibición contenida en el tipo penal especial.

Valdría la pena por otra parte, abordar esta temática, aunque quizá no a profundidad, pero si desde la óptica de la Gnoseología del Filósofo Alemán Gustav Radbruch,⁶ quien destaca el tema del “Derecho Supralegal”, de cuyo contenido se desprende su famosa aportación al derecho, la “Fórmula de Radbruch”, la cual postula que el derecho extremadamente injusto, no es derecho, así también la teoría de Radbruch, postula que: cuando la ley escrita, sea incompatible con los principios de justicia sustancial, a un nivel intolerable, o cuando la ley estatutaria se encuentre explícitamente en abierta contradicción con el principio de igualdad que constituye el fundamento de toda justicia, el juez debe abstenerse de aplicar esa ley, POR RAZONES DE JUSTICIA SUSTANCIAL, adviértase entonces como en un país donde campea el analfabetismo a niveles alarmantes, (Guatemala) se exige a sus habitantes la observancia estricta de la ley en condiciones de desigualdad, siendo el Estado el primero en incumplir con sus obligaciones constitucionales de brindar educación a toda la población sin distingo alguno, obligación que está lejos de materializarse, no obstante, ese mismo Estado,

⁶ [www.wikipedia](http://www.wikipedia.org) la enciclopedia libre en español.

está atento para imponer con toda su energía el *IUS PUNIENDI*, en contra de aquel ciudadano que lejos de interesarse por conocer la ley, necesita de un pan, antes de necesitar un libro, para poder sobrevivir.

¿Es aplicable entonces la fórmula de Radbruch a nuestro personaje?, Cada quien tendrá su propia respuesta, pero lo que es innegable es que el Estado a través de la ley general (ley del organismo judicial), le prohíbe invocar la ignorancia de la ley al ciudadano, independientemente que ese tampoco sería el argumento idóneo para que el sindicado se motive ante el ordenamiento jurídico, y por otra parte, paradójicamente ese mismo Estado no le proporciona al imputado el derecho a la instrucción en igualdad de condiciones en un país que se autodenomina respetuoso del Estado democrático de derecho.

Para ir finalizando, lo aleccionador del caso y a manera de conclusión, es que el defensor público deberá estar siempre alerta, con una actitud proactiva, con una postura definida, infranqueable, y con un pensamiento dinámico, capaz de desafiar la adversidad, ya que aún en la primera declaración del imputado se puede hacer lo inesperado, dado que, de haber sido ligado a proceso penal nuestro defendido seguramente otro futuro le hubiera deparado.

Y por último, las reflexiones finales que la historia de don Diego Catinac Carrillo, nos podría dejar, se resumen en una; No importa que nos llamen idealistas, no importa que nos llamen soñadores, lo que importa es asumir nuestro papel y recordar el pensamiento de uno de los grandes hombres de este continente, quien decía: el verdadero hombre es aquel que está del lado del deber (José Martí).

BIBLIOGRAFÍA

- Galeano, Eduardo, **Las Venas Abiertas de América Latina**, Editores siglo veintiuno primera edición año 1971, página 470.
- González Cahuapé - Cazaux, Eduardo, **Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco Teoría del Delito**, Ciudad de Guatemala, Fundación Myrna Mack, segunda Edición 2003, página 55.
- Mir. Puig, Santiago, **Derecho Penal Parte General**. Barcelona 1990. Editorial Publicaciones y Ediciones Universitarias Sociedad Anónima. Página 268.

LEYES CONSULTADAS

Código Penal de Guatemala, decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, artículo 11.

Ley de Áreas Protegidas, decreto 4-89 del Congreso de la República de Guatemala, artículo 82.

PÁGINAS DE INTERNET CONSULTADAS

www.wikipedia la enciclopedia libre en español.

Copyright © 2004 by Cisco Systems, Inc. All rights reserved. Cisco Confidential

Authorized Users only!

New users MUST notify Suzanne

login:

DELETE

@

```
1 packet received, +44 duplicates, 0% packet
round-trip 0.252/2.455/17.0/0/3.0/5 ns
0 ping -c 1 10.2.1.3
'ss' | awk '{print "ss" $4 " " $5}'
Address: 10.2.1.3
```

```
# nmap -v -sS 10.2.1.3
```

Starting nmap 0.2.54BETA25

Host 10.2.1.3 appears to be up ... good.

Initiating SYN Stealth Scan against 10.2.1.3

for OSscan assuming that port 21 is open and port 1 is closed and not
firewalled

Insufficient responses for TCP sequencing (0). OS detection may be less
accurate

Interesting ports on 10.2.1.3:

(The 1521 ports scanned but not shown below are in state: closed)

Port	State	Service
21/tcp	open	ftp
22/tcp	open	ssh
23/tcp	open	telnet
25/tcp	open	smtp



VIRUS

DELITOS
INFORMÁTICOS

DELITOS INFORMÁTICOS Y LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA

Lic. Hans Aarón Noriega Salazar
(Docente UNIFOCADEP)

En la década de los años ochenta en nuestro país se empieza a acentuar la utilización de las computadoras tanto en el ámbito comercial como gubernamental, aparecen los primeros ordenadores personales así como carreras específicas en la materia tanto a nivel vocacional como universitario. Para inicios de la década siguiente se dan los primeros pasos sobre todo en materia investigativa de las universidades para la comunicación global a través del correo electrónico e Internet.

La utilización de nuevas tecnologías y las relaciones que de las mismas dependían, los fenómenos sociales con ellos relacionadas y dentro de estos la vulneración a nuevos bienes jurídicos merecedores de tutela así como innovadoras modalidades de comisión de hechos delictivos hizo necesaria en esa década reformas al Código Penal a efecto de prohibir y sancionar las conductas relacionadas.

De esa forma el Congreso de la República introduce modificaciones a la ley sustantiva penal a través del Decreto 33-96 publicado en fecha 21 de Junio de 1996. En la normativa ya referida como motivación de la misma (Considerandos) se expone: “Que los avances de la tecnología obligan al Estado a legislar en bien de la población de derechos de autor en materia informática tipos delictivos que nuestra legislación no ha desarrollado”. En ese sentido en materia de delitos informáticos se regulan los tipos siguientes:

- a) Artículo 274 “A” Destrucción de registros informáticos
- b) Artículo 274 “B” Alteración de programas
- c) Artículo 274 “C” Reproducción de Instrucciones o programas de Computación

- d) Artículo 274 “D” Registros Prohibidos.
- e) Artículo 274 “E” Manipulación de Información
- f) Artículo 274 “F” Uso de Información
- g) Artículo 274 “G” Programas Destructivos

No obstante no estar clasificadas *per se* dentro de los delitos informáticos el Código Penal señala otras conductas de las que podrían incluirse dentro de este tipo (por que se sirven de un computador para realizarlas o bien van dirigidas a producir daños en el mismo) de las cuales enumeraremos a continuación:

- a) Violación a Derechos de Autor contenida en el artículo 274 del Código Penal.
- b) Violación a los Derechos de Propiedad Industrial contenida en el artículo 275 del Código Penal.
- c) Violación a los Derechos Marcarios contenida en el Artículo 275 Bis del Código Penal.
- d) Pánico Financiero contenido en el artículo 342 “B” del Código Penal.
- e) Ingreso a espectáculos y distribución de material pornográfico a personas menores de edad contenida en el artículo 189 del Código Penal.
- f) Violación a la intimidad sexual contenida en el artículo 190 del Código Penal
- g) Producción de pornografía de personas menores de edad contenida en el artículo 194 del Código Penal.
- h) Comercialización o difusión de pornografía de personas menores de edad contenida en el artículo 195 Bis
- i) Posesión de material pornográfico de personas menores de edad contenido en el artículo 195 ter.
- j) Utilización de actividades turísticas para la explotación sexual o comercial de personas menores de edad. Artículo 195 Quater del Código Penal.

BIENES JURÍDICOS TUTELADOS EN LOS DELITOS INFORMÁTICOS DE LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA Y EL EJERCICIO DE LA DEFENSA TÉCNICA.

Al referirnos a las generalidades de los delitos informáticos se hizo mención con respecto a la diversidad de bienes jurídicos tutelados que son por ellos afectados. Los ilícitos antes citados lesionan o ponen en peligro los distintos valores materiales o inmateriales que el Estado considera merecedores de protección. La importancia que para el Defensor Público o para el profesional del derecho en general implica la claridad en su comprensión radica en que le proveerá de herramientas de análisis, para determinar en el caso concreto primero si se está ante la comisión de un hecho delictivo, segundo su adecuada tipificación o calificación jurídica, en su caso si existe o no una apropiada estimación de que existe una real afectación o puesta en peligro al bien jurídico tutelado y tercero si la investigación que fundamenta una persecución penal es la idónea y pertinente. Esto con el propósito de proveer de una defensa efectiva y eficaz a nuestro patrocinado.

Por lo anterior se propone para efectos del análisis la agrupación de los delitos informáticos de acuerdo a la consideración de afectación o puesta en peligro de determinado bien jurídico tutelado, de igual manera se generan ideas con respecto a la obligación de sustento de los medios de investigación que con una imputación de este tipo debería de realizar el ente investigador, así como criterios básicos de la imputación de algunos delitos concretos, de la manera siguiente:

DELITOS INFORMÁTICOS QUE AFECTAN EL BIEN JURÍDICO TUTELADO PATRIMONIO. DESTRUCCION DE REGISTROS INFORMÁTICOS

Realiza esta figura delictiva quien destruya, borre o de cualquier modo inutilice registros informáticos tanto públicos como privados, Según lo normado en el artículo 274 “A” del Código Penal. Se infiere que la intención del legislador recae en la necesidad de proteger los archivos, bases de

datos y en general todo registro informático que se encuentre en un ordenador tanto en la esfera gubernamental pública como la empresarial o personal.

La doctrina se refiere a este delito como Sabotaje informático y describe su realización desde dos puntos de vista el primero de ellos la destrucción o daño físico a la computadora que implica obviamente su Inutilización y el segundo a través de las conductas dirigidas a causar “daños lógicos”¹

Vemos pues que tanto la doctrina como la legislación hacen referencia a diversas formas de comisión de este delito; por un lado la destrucción material (el Código Penal menciona el término “de cualquier modo”) tales como intencionalmente dejar sin energía el aparato buscando que la pérdida de corriente produzca daños en su sistema o bien otras para las que se necesitan conocimientos en la materia tales como la propagación de virus informáticos.

En ese sentido una imputación de este hecho delictivo tendría que ir sobre la base de demostrar que el sujeto activo realizó las conductas idóneas para producir el resultado de una real afectación al bien jurídico tutelado. Nótese que el legislador determinó la consumación de esta figura delictiva sobre el postulado de un delito de resultado (excluyéndose la posibilidad de su realización por la simple puesta en peligro) dado que los verbos que se utilizan en la norma se refieren a quien “destruye, borre o de cualquier otro modo inutilice.”

Las mismas consideraciones anteriormente referidas se aplican a los delitos de Alteración de programas y Programas Destructivos contenidos en los artículos 274 “A” y “G” del Código Penal que buscan proteger de

¹ Al respecto se señala: “Se refiere a las conductas que causan destrozos «lógicos», o sea, todas aquellas conductas que producen, como resultado, la destrucción, ocultación, o alteración de datos contenidos en un sistema informático. Este tipo de daño a un sistema se puede alcanzar de diversas formas. Desde la más simple que podemos imaginar, como desenchufar el ordenador de la electricidad mientras se está trabajando con él o el borrado de documentos o datos de un archivo, hasta la utilización de los más complejos programas lógicos destructivos (crash programs), sumamente riesgosos para los sistemas, por su posibilidad de destruir gran cantidad de datos en un tiempo mínimo. Estos programas destructivos, utilizan distintas técnicas de sabotaje, muchas veces, en forma combinada.” Landaverde Contreras y otros autores. Delitos Informáticos. Página 15.

la alteración, borrado o inutilización de las instrucciones o programas que utilizan las computadoras así como de la distribución o puesta en circulación de programas o instrucciones destructivas que causen un daño a los programas o equipos.

DELITO DE PÁNICO FINANCIERO

El delito de pánico financiero tipificado conforme al artículo 342 “B” del Código Penal está ubicado en la legislación dentro de los ilícitos que atentan contra el bien jurídico economía nacional en primer orden, ya que su comisión implica un ataque directo al sistema bancario en términos generales que repercute en el acontecer económico y financiero del país. Sin embargo como se podrá apreciar sus efectos también atentan directamente contra el patrimonio de los particulares; podría pensarse a manera de ejemplo que el pánico financiero provoque lo que se conoce como una “corrida bancaria” que es el acto por el cual los depositantes acuden en masa a la institución bancaria a retirar sus ahorros con lo cual esta se descapitaliza y obviamente no puede cubrir con las obligaciones para con todos sus clientes.

Este ilícito se tipifica conforme la legislación cuando se elabora, divulga o reproduce por cualquier medio información falsa o inexacta (correo electrónico podría ser uno de ellos,) que menoscabe la confianza de los usuarios de una institución bancaria o financiera de modo que se produzca un resultado negativo tanto para la institución, la economía nacional y/o el patrimonio de sus clientes. La información en referencia debe atentar contra la reputación o el prestigio de la institución o bien provocar un retiro masivo de depósitos o inversiones.

Derivado de las anteriores consideraciones, se puede apreciar que el ilícito se perfecciona con el esparcimiento de noticias en un medio de comunicación, que desacrediten comercial o financieramente a un ente

bancario o bursátil o que provoquen que su clientela haga retiros de sus inversiones-efectivo en forma masiva y más allá del giro normal o regular. Se entiende entonces que el sujeto activo del mismo lo constituye la persona que realiza tales acciones y el sujeto pasivo lo constituiría la entidad sujeta a control de la superintendencia de bancos, el Estado y la sociedad.

Una investigación del Ministerio Público debería ir encaminada entonces aportando los elementos que demuestren:

- 1) Que el ente afectado está sujeto a la vigilancia y supervisión del órgano estatal específico, como lo constituye la superintendencia de bancos, (certificación que acredite ese extremo)
- 2) Que el sujeto activo divulgó la información falsa o inexacta pertinente (ojo también se tiene que demostrar la falsedad o inexactitud de la noticia,) para menoscabar la confianza pública en la entidad bancaria o bursátil,
- 3) Si estuviéramos en el caso de que esta información fue transmitida a través de un medio informático se impone necesariamente la utilización de peritajes específicos, para determinar la fecha en que se realizó la acción, el modo o sea la forma así como el lugar desde donde se emitió el mensaje.
- 4) Para demostrar el otro supuesto, referente al resultado de un retiro masivo de depósitos los medios de investigación o de prueba deben ir dirigidos a elementos que acrediten la relación causa-efecto entre las acciones del imputado y el resultado previsto en la norma penal, en este caso en particular que el mensaje divulgado falso o inexacto (a manera de ejemplo) produjo que los clientes de un banco en una cantidad muy superior a lo normal retiraron ahorros o depósitos produciendo una descapitalización. Entiéndase entonces una particular secuencia lógica entre el número de comunicaciones hechas esparciendo estas noticias, cómo éstas fueron a su vez reproducidas por sus destinatarios y la proporcionalidad entre el resultado producido que en este

caso sería una escalada de retiros monetarios de la entidad bancaria produciendo su descapitalización.

De los mencionados encuentro mucho más difícil de acreditar el último en el entendido de que se debe por parte del ente encargado de la acción penal acreditar una relación directa entre un mensaje divulgado y su grado de incidencia en el total o gran total de los efectos como lo podría ser una corrida bancaria.

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL, LA INDEMNIDAD Y LA INTIMIDAD.

Dentro de los ilícitos de carácter informático que el Código Penal (reformado por la ley contra la violencia sexual) contempla en relación a este bien jurídico tutelado tenemos:

a) Ingreso a espectáculos y distribución de material pornográfico a personas menores de edad.

Se tipifica este ilícito penal en el ámbito informático cuando el sujeto activo se sirve de las facilidades que brindan las computadoras y sus programas para que personas menores de edad puedan acceder a material pornográfico; inciso c) y d) artículo 188 del Código Penal: “Quien.... de cualquier forma distribuya a personas menores de edad material pornográfico.... Quien de cualquier forma permita adquirir material pornográfico a personas menores de edad”.

Podría en un caso hipotético aparecer que se sindique al encargado de un café Internet por permitir que menores de edad accedan a páginas de contenido explícitamente erótico y/o descarguen pornografía. En ese sentido los medios de investigación o de prueba en su caso deben sustentar algunos supuestos como lo son:

- 1) Que el sujeto activo distribuyó o permitió la adquisición de material pornográfico a personas menores de edad

2) Que el sujeto pasivo de este ilícito esté constituido por un menor de edad. En relación a este extremo la misma ley contra la violencia sexual determina una presunción legal en su artículo 2 inciso k) “En el caso en que no se pueda establecer la minoría de edad de la persona víctima o exista duda razonable sobre su edad o de la veracidad de sus documentos de identificación personal o de viaje, se presumirá la minoría de edad.” Cabe aquí hacer la reflexión sobre qué sucedería en el caso de que no se pueda comprobar fehacientemente la edad de la víctima en el caso objeto de estudio, si cabría realizar una imputación por este tipo de ilícitos dada la probable contradicción con lo normado en el artículo 14 del Código Procesal Penal que se refiere a la presunción de inocencia y que en su último párrafo enuncia que la duda favorece al imputado.

Nos encontramos aquí ante una contradicción de normas por lo que la labor del defensor público debería ir enfocada a la aplicación de la que favorezca el interés del imputado en este caso la del Código Procesal Penal.

Un argumento y fundamentación que refuerza esta postura es el contenido en la norma procesal ya citada (artículo 14) determina que las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente en esta materia la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades.

b) Violación a la intimidad sexual.

El tipo penal en mención contenido en el artículo 190 del Código Penal tiene dos supuestos: El primero de ellos se materializa por la persona que por cualquier medio sin el consentimiento del sujeto pasivo atentare contra su intimidad sexual y se apodere o capte mensajes, conversaciones, comunicaciones, sonidos, imágenes en general o imágenes de su cuerpo para afectar su dignidad. Esta conducta se agrava cuando se difunde, cede o revela a terceros la información o las imágenes. Una imputación objetiva del ente encargado de persecución penal en este caso debe ir encaminada a demostrar:

- 1) Que el sujeto activo de este ilícito realizó cualquiera de las acciones contenidas en los verbos rectores apoderar o captar.
- 2) Que estas acciones se realizaron sin el consentimiento del sujeto pasivo y atentando en contra de su intimidad, ejemplo la persona que espía, filma o fotografía a alguien que se está bañando desnudo o teniendo relaciones sexuales.
- 3) Con una intencionalidad concreta que es afectar su dignidad.
- 4) Que se realizó la difusión a terceros del producto de esa intromisión a la intimidad de la persona (caso de la conducta agravada contenida en el párrafo tercero de la norma citada)

Vale hacer la reflexión que estos supuestos no aplican cuando existe la voluntad o el consentimiento del sujeto pasivo (ejemplo la participación voluntaria en la captación de imágenes amorosas o íntimas) ya que el consenso presupone la falta de intención de afectar la intimidad o la dignidad de la persona no existiría por consiguiente un desvalor de resultado que como ya se ha mencionado implica una verdadera afectación al bien jurídico tutelado.

El otro supuesto contenido en la norma penal está determinado por la materialización de esta conducta cuando una persona sin estar autorizada se apodera, acceda o modifique en perjuicio de tercero comunicaciones o datos reservados de contenido sexual o familiar que se encuentren registrados en archivos informáticos o de otro tipo. En los dos casos se agrava la pena cuando estas imágenes son reveladas a terceros o mejor dicho se hacen públicas.

Ahora bien es importante acotar que surge problema de interpretación con respecto a qué ocurre por ejemplo cuando se captan imágenes con el consentimiento y luego se difunden estas a terceros sin autorización. En lo particular encuentro un error legislativo al momento de redactar la norma puesto que entiendo que el espíritu da la prohibición va dirigida a

proteger la intimidad sexual y los dos supuestos se refieren a captar o apoderarse sin el consentimiento de imágenes y luego hacerlas públicas pero en ninguno de ellos se hace referencia o mejor dicho se penaliza la acción de tener acceso a estas (obviamente autorizado) y luego en contra de la voluntad del sujeto pasivo difundirlas.²

- c) Producción de pornografía de personas menores de edad.**
- d) Comercialización o difusión de pornografía de personas menores de edad,**
- e) Posesión de material pornográfico de personas menores de edad.**

La tipificación de estas conductas responde a la necesidad que tiene la sociedad de reprimir la elaboración venta y posesión de pornografía en la que intervengan menores de edad o bien personas incapaces de voluntad o conocimiento, Como se mencionó en otro apartado de este artículo las comunicaciones globales y el acceso ilimitado a la información y comunicaciones proporcionadas por los recursos informáticos ha facilitado el apareamiento de acciones como estas que obviamente deben ser detenidas.

Estos ilícitos se tipifican por quienes producen, fabriquen, elaboren, publiquen, reproduzcan, importen, exporten, distribuyan, transporten, exhiban, elaboren propaganda, difundan, comercien o bien adquieran material pornográfico en el que intervengan los sujetos pasivos ya mencionados anteriormente. La acusación de este tipo de ilícitos como mínimo debe ir encaminada entonces a demostrar que el sujeto activo realizó:

² Si se hace memoria se podrá recordar que la tipificación de este delito se debió a la proliferación en Internet de imágenes de contenido erótico que atentaban contra la intimidad sexual de algunas señoritas de esa cuenta el legislador determinó la necesidad de prohibir estas conductas. Sin embargo como ya se ha mencionado existe necesidad de reflexionar con respecto al alcance de la norma en mención cuando se da el supuesto tratado en este apartado.

1. Cualquiera de las acciones descritas en los verbos rectores anteriormente mencionados.
2. Que el material pornográfico incluye imágenes o voces reales o simuladas de personas menores de edad o con incapacidad mental o cognitiva.

Como reflexión final es preciso recordar la exigencia por parte del defensor que se debe acreditar fehacientemente la minoría de edad de los sujetos pasivos de este delito y que la presunción contenida en la ley contra la violencia sexual podría chocar contra la presunción de inocencia del imputado, ante este posible conflicto de leyes se debe argumentar que debería prevalecer la presunción de inocencia. En todo caso llegada la etapa procesal respectiva específicamente en el debate se debería de demostrar más allá de toda duda este aspecto no bastando la presunción (inclusive de orden legal) para fundamentar una sentencia de condena.



LA EXTRADICIÓN

LA EXTRADICION

Lic. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes
(Docente UNIFOCADEP)

En el Capítulo veinte del Libro de los Jueces, del Antiguo Testamento, se menciona la venganza que tomaron las once tribus de Israel contra la de Benjamín por negarse a entregar a vecinos de Guibea que habían ocasionado la muerte de la concubina de un levita, al haber abusado repetidamente de ella.

La creciente movilidad que sucede en el mundo, la tecnología interactiva y nuevas formas de criminalidad, hacen reflexionar sobre la extradición que representa una respuesta esencial a las características del crimen contemporáneo.

¿Qué es la extradición?

La extradición, es el procedimiento mediante el cual un Estado hace entrega de una persona que se halla en su territorio, a otro Estado, que la reclama por tener ahí el carácter de inculpada, procesada o sentenciada por la comisión de un delito a fin de que sea sometida a juicio, o para que cumpla la pena.

Es un acto de cooperación internacional que tiene como finalidad la entrega de una persona que se encuentra en el territorio del Estado requerido, hacia el Estado requirente, con el fin de facilitar el procesamiento penal de la persona reclamada, o bien para la ejecución de una sentencia previamente impuesta al extraditado.

La extradición nació como acto político entre soberanos y evolucionó hasta convertirse en una institución jurídica.

Cabe resaltar la importancia de las leyes relacionadas con la extradición dentro del contexto del combate a la delincuencia, y en particular a la delincuencia organizada.

Cada vez se hace más obvio que los procedimientos de extradición efectivos son una herramienta esencial en la ejecución de la ley internacional, tanto en relación con el delito nacional como con el crimen transnacional.

La extradición ha sido reconocida como un importante elemento de la cooperación internacional en combate contra el crimen, sobre todo, en crímenes transnacionales como el tráfico de drogas, entre otros.

Una consecuencia de este reconocimiento es el cuerpo cada vez mayor de tratados multilaterales y bilaterales en materia de extradición.

En 1985, la séptima conferencia de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento de Infractores y adoptó, emitió una resolución exhortando a los Estados miembros a incrementar su escala a nivel internacional para combatir el crimen organizado. En 1990, la Asamblea General de las Naciones Unidas, motivada por esa resolución, adoptó un modelo sobre la Extradición, como una manera efectiva de tratar los aspectos complejos y graves consecuencias del delito, en especial por sus nuevas formas y dimensiones.

Asimismo, se ha adoptado la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen organizado transnacional, con 147 signatarios. La convención, como su nombre lo indica, intenta introducir estrategias para combatir la actividad criminal organizada, incluyendo el lavado de dinero, la corrupción y otras actividades de grupos criminales organizados. El artículo 16 de la Convención incluye obligaciones con relación a la extradición. Estipula que el crimen organizado cubierto por la Convención se considerará incluido como un delito extraditable en cualquier tratado de extradición entre los Estados firmantes de la Convención de crimen organizado (Artículo 16.3) Si los Estados partes, con un Tratado de Extradición en vigor entre ellas, la Convención del Crimen Organizado puede considerarse como la base legal para la extradición (Artículo 16.4).

Otros tratados multilaterales que manejan áreas importantes de la ley penal con dimensiones internacionales contiene disposiciones similares con relación a la extradición, como la Convención de las Naciones Unidas de 1988 (Convención de Naciones Unidas Contra el Tráfico de Narcóticos y Sustancias Psicotrópicas de 1988; artículos 5 y 6) la Convención de Soborno de 1997 (Convención para combatir los sobornos a Servidores Públicos o Extranjeros de en las operaciones de Negocios Internacionales de 1997), entre muchas otras. Un ejemplo regional es la Convención Europea para la Supresión del Terrorismo.

El fortalecimiento de los procedimientos de extradición en relación con delitos financieros no ha sido siempre una característica de la ley de extradición. Históricamente, algunos tratados de Extradición excluían los delitos fiscales e impositivos del alcance de los delitos extraditables. La Convención Europea sobre extradición contenía una variación sobre este principio en el artículo 5:

“Se otorgará la extradición de conformidad a las disposiciones de esta Convención, en los delitos en relación con impuestos, aduanas, obligaciones con intercambio así lo han decidido con respecto a esos delitos o categorías de delitos”.

Dicha exclusión es indiscutiblemente problemática en una era en la que los delitos de evasión fiscal y delitos relacionados con las finanzas, como fraude bancario o de valores, y la manipulación de mercados, tienen un tremendo impacto detrimental en las economías nacionales e internacionales. Un notorio ejemplo es el fraude bancario de Nick Leeson y el colapso del Barings Bank.

Existe una clara transición para visualizar que no hay una buena razón para continuar excluyendo los delitos fiscales del alcance de los requisitos de extradición. La Convención del Crimen Organizado estipula ahora, en el artículo 16.5: “Los Estados partes no pueden negarse a responder a una solicitud de extradición por el único motivo de que también se considera que el delito involucra asuntos fiscales”.

La extradición en la legislación guatemalteca

La constitución Política de la República de Guatemala, establece que la extradición se rige por lo dispuesto en tratados internacionales (Artículo 27).

Existe la prohibición constitucional de que por delitos políticos no se intentará la extradición de guatemaltecos, quienes en ningún caso serán entregados a gobierno extranjero, salvo lo dispuesto en tratados y convenciones con respecto a delitos de lesa humanidad contra el derecho internacional.

Asimismo, no se acordará la expulsión del territorio nacional de un refugiado político con destino al país que lo persigue.

Al respecto, la Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado sobre lo establecido en el este asunto de la manera siguiente: “Esta Corte considera oportuno expresar que el artículo 27 de la Constitución de la república, que contempla lo relativo a la extradición y sujeta regulación a lo que para el efecto se establezca en los Tratados Internacionales, puntualiza dos aspectos de esta institución, que son: la extradición activa y pasiva; y así se ve que el tercer párrafo del artículo citado, que preceptúa que por delitos políticos no se intentará la extradición de guatemaltecos, con la intención de someterlo a la justicia nacional, cuando lo estén persiguiendo por delitos políticos. En la parte siguiente de este párrafo (resolución de la Corte) la Constitución refiriéndose a los guatemaltecos, contempla otro supuesto, cuando dice: Como se ve, esta norma regula la extradición pasiva y tiene un carácter general y prohibitivo, que impide que los guatemaltecos sean entregados por el Estado de Guatemala a gobierno extranjero que los reclame. Esta prohibición tiene sus excepciones y cuando se trate de delitos de lesa humanidad o contra el derecho internacional, siempre que así se haya dispuesto en Tratados y Convenciones”. (Gaceta No. 35, expediente No. 458-94, página 31, sentencia 21-02-95)

Asimismo, no se acordará la expulsión del territorio nacional de un refugiado político con destino al país que lo persigue.

El Código Penal de Guatemala, estatuye que la extradición sólo podrá intentarse u otorgarse por delitos comunes. Cuando se trate de extradición comprendida en tratados internacionales, sólo podrá otorgarse si existe reciprocidad.

En ningún caso, podrá intentarse ni otorgarse la extradición por delitos políticos, ni por delitos comunes conexos con aquellos.

En Guatemala, a partir del 23 de mayo de 2008, se encuentra vigente la Ley Reguladora del Procedimiento de Extracción, contenida en el Decreto 28-2008 del Congreso de la República, y en su artículo uno, hace hincapié en que el procedimiento de extradición se regirá por los Tratados o Convenios de los cuales Guatemala sea parte, y en lo no previsto, se regirá por la la Ley Reguladora del Procedimiento de Extradición.

Clases de Extradición

Extradición Activa.

Se da cuando el Estado guatemalteco, requiere a otro Estado la entrega de una persona, para ser juzgada en Guatemala.

Extradición Pasiva

Sucede cuando al Estado se Guatemala, se le requiere de la entrega de una persona para ser juzgada en el país solicitante.

Principios y garantías

En cuanto a los derechos y garantías del requerido, las personas en el procedimiento de extradición tendrán derecho a nombrar un defensor y, en su caso, a un traductor, de no hacerlo se nombrará de oficio.

Cabe aclarar que ninguna resolución que decide el procedimiento de extradición hará mérito sobre la inocencia o culpabilidad de la persona sujeta al procedimiento, ni esta podrá ser valorada en su contra (Artículo 2)

La persona contra la que se dirija el procedimiento de extradición podrá allanarse a la solicitud, o entregarse voluntariamente al Estado requirente en cualquier momento del procedimiento, incluso antes de la presentación formal de la solicitud. El tribunal que conoce el procedimiento, una vez recibida la declaración, sin más trámite, pondrá a la persona reclamada en extradición a disposición del Ministerio de Relaciones Exteriores para que este coordine con la autoridad del Estado solicitante y se verifique la entrega inmediata (Artículo 3)

Los efectos que causa la entrega voluntaria será la suspensión del procedimiento de extradición pasiva.

La petición de allanamiento, o entrega voluntaria deberá ir acompañada de una renuncia expresa a cualquier recurso o acción interpuesta ante cualquier órgano jurisdiccional o constitucional.

El idioma de las solicitudes de los Estados requirentes y los documentos que se acompañen que se encuentren redactados en idioma extranjero, deberán ser acompañados de traducción libre al idioma español.

En el procedimiento de extradición, no serán aplicables lo estatuido por la Ley del Organismo Judicial, referente a las traducciones de los documentos provenientes del extranjero. (Artículo 4)

Los plazos que corran a cargo del Estado requirente empezarán a contarse a partir del día siguiente que el Ministerio de Relaciones Exteriores entregue la comunicación oficial. (Artículo 7)

Sujetos del procedimiento de extradición

En Guatemala, los sujetos del procedimiento de extradición pasiva son:

- 1) El Ministerio Público
- 2) El Organismo Judicial
- 3) La persona requerida
- 4) El abogado defensor

En la extradición pasiva, la función del Ministerio Público es promover ante los órganos jurisdiccionales las solicitudes de los Estados Requirientes que les hayan sido trasladados por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

En los casos de la extradición activa, el Ministerio Público promoverá las solicitudes de extradición, que serán remitidas por la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia al Ministerio de Relaciones Exteriores, para que la presente al Estado que corresponda.

El Organismo Judicial, a través de los órganos jurisdiccionales competentes decidirá con exclusividad sobre la procedencia de la extradición pasiva que promueva el Ministerio Público.

Serán competentes para decidir sobre la procedencia de la extradición pasiva, los Tribunales de Sentencia del ramo penal que tengan su sede en la ciudad de Guatemala, y los Juzgados de Primera Instancia del Ramo Penal de Turno de la ciudad de Guatemala, para resolver las peticiones de las medidas urgentes de coerción. El Tribunal deberá comunicar por escrito al Ministerio de Relaciones Exteriores, toda resolución que tome en un procedimiento de extradición, en un plazo no mayor de tres días.

Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores

El Ministerio de Relaciones Exteriores remitirá al Ministerio Público las solicitudes de detención provisional y formal de extradición pasiva que formulen otros Estados a Guatemala.

En los procedimientos de extradición activa, remitirá las solicitudes de extradición que reciba de la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia al Estado correspondiente por el conducto respectivo. Toda información que se reciba, se comunicará al Ministerio Público y al tribunal que conoce del proceso.

Cabe aclarar que el Ministerio de Relaciones Exteriores llevará el registro de las solicitudes de extradición.

Procedimiento de Extradición pasiva

Solicitud

Recibida la solicitud, el Ministerio de Relaciones Exteriores deberá remitirla con toda la documentación al Fiscal General, dentro de los dos días siguientes a la recepción.

El requerimiento deberá cumplir con todos los requisitos establecidos en el tratado, convenio, o arreglo internacional, cuando dichos instrumentos no contemplen requisitos específicos, se deberá acompañar como mínimo la documentación siguiente:

- 1) Cuando la persona ha sido juzgada y condenada por tribunales del Estado requirente, una copia autenticada de la sentencia.
- 2) Cuando la persona es solamente sindicada o acusada, una copia auténtica de la orden de detención, emanada de juez competente del país solicitante.
- 3) Relación precisa del hecho imputado
- 4) Una copia de las leyes penales aplicables al caso concreto, y las leyes relacionadas a la prescripción de la acción o de la pena.
- 5) Los datos de identificación personal del requerido.
- 6) La solicitud de la extradición lleva implícita la orden de detención del requerido, siempre y cuando la misma llene los requisitos referidos.

Solicitud de la detención provisional

El Estado interesado podrá solicitar al Estado de Guatemala, a través de la vía diplomática, la detención provisional de una persona, informando sobre la existencia de una orden de aprehensión y asegurando el plazo establecido en el arreglo internacional presentará la solicitud formal de extradición. La solicitud de la detención provisional deberá ser comunicada por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Ministerio Público en un plazo que no exceda los dos días.

La privación de libertad de la persona detenida provisionalmente dentro de este procedimiento, durará hasta que se lleve a cabo la entrega del extraditado, o se decida sobre la improcedencia de la extradición.

El órgano jurisdiccional que reciba el requerimiento de detención provisional deberá resolverlo inmediatamente. Si se tratare de un Juez de Primera Instancia de Turno, una vez dictada la medida, se inhibirá de conocer, y remitirá el asunto al tribunal competente.

En caso de que la solicitud de extradición no contemple como medida de urgencia la detención del requerido, el Ministerio Público a través de la Fiscalía o Unidad correspondiente, en un plazo no mayor de tres días contados a partir de la recepción de la solicitud formal de extradición que le fuere trasladada, deberá remitir a la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, para que esta lo remita al tribunal competente. En este caso, el tribunal emitirá la orden de detención.

Audiencia

Detenida la persona pedida en extradición, solicitará en un plazo que no exceda de dos días en forma verbal o escrita, que se le fije una audiencia para resolver el pedido formal de extradición, la que deberá celebrarse en un plazo no menor de diez días ni mayor de quince, contados a partir del momento en que fue requerida. Entre la notificación y la realización de la audiencia, deberán mediar, por lo menos tres días

En la audiencia, participarán el Ministerio Público, la persona solicitada en extradición, el abogado defensor, y un intérprete si fuese necesario.

Desarrollo de la audiencia

1. La Presidenta o Presidente del Tribunal, concederá la palabra en su orden al Ministerio Público, a la defensa y al requerido, para que se manifiesten con relación a la solicitud formulada, ofrezcan o incorporen los medios de prueba correspondientes.
2. Al concluir la recepción de la prueba, se le concederá la palabra a las partes para que presenten verbalmente sus alegatos finales.
3. Al finalizar las intervenciones de las partes, el Tribunal resolverá sobre la procedencia o improcedencia de la solicitud de extradición.

Resolución judicial

La resolución que decide la procedencia o improcedencia de la extradición, contendrá:

1. Los datos de identidad de la persona solicitada en extradición
2. Indicación del Estado requirente.
3. Relación sucinta de los hechos por los cuales otorga o deniega la extradición.
4. Fundamentos de hecho y de derecho en que funda la decisión, y el valor asignado a las pruebas.
5. Las medidas que garantizan la entrega de la persona requerida, cuando se otorga la extradición o cese de la medida de coerción si la misma fuere denegada.
6. Las condiciones con fueren aplicables, en virtud del convenio o tratado, que debe observar el Estado en favor de quien se otorgó la solicitud de extradición. No se podrá entregar al extraditado a la imposición de una pena determinada.
7. La decisión sobre el destino de los bienes patrimoniales que hubieren sido afectados en el procedimiento de extradición.

Impugnación

Contra la resolución que decide la procedencia o improcedencia de la extradición, procede interponer por la parte que se considere agraviada, el recurso de apelación, ante la Sala de la Corte de Apelaciones competente.

Forma y plazo

El recurso de apelación se interpondrá por escrito, dentro del plazo de tres días, con expresa indicación del motivo en que se funda, bajo sanción de inadmisibilidad.

Vencido el plazo para impugnar y si las partes no interponen el recurso de apelación, la resolución quedará firme y ejecutoriada.

Resolución de la Sala de la Corte de Apelaciones

La Sala únicamente está facultada para conocer los aspectos que se invocan como agravios y podrá confirmar, modificar o revocar la decisión.

La decisión de la Sala no admitirá recurso alguno, salvo las garantías constitucionales correspondientes.

Entrega del Extraditado

La entrega de la persona extraditada deberá ser decidida por el Organismo Ejecutivo, mediante un Acuerdo Gubernativo, refrendado por el Ministro de Gobernación y de Relaciones Exteriores, y con copia a la Corte Suprema de Justicia, en un plazo de que no exceda de quince días a partir de la comunicación de la resolución.

Causas para diferir la entrega

A falta de disposición expresa en los tratados, Convenios o arreglos internacionales, la entrega deberá diferirse en los casos siguientes:

- 1) Cuando la persona requerida se encuentra sujeta a proceso penal en el país.
- 2) Cuando el extraditado se encuentre cumpliendo condena en Guatemala.

Procedimiento de la Extradición Activa

En cuanto al procedimiento de la Extradición Pasiva, me limitaré a referir que el Estado de Guatemala, a través del Ministerio de Relaciones exteriores, por requerimiento del Ministerio Público, formulará la solicitud de detención provisional, o en su caso, la extradición formal a otro Estado, cuando:

Un juez o tribunal hubiere emitido orden de aprehensión de la persona reclamada, o cuando la persona reclamada haya sido condenada y sea requerida para el cumplimiento de la condena.

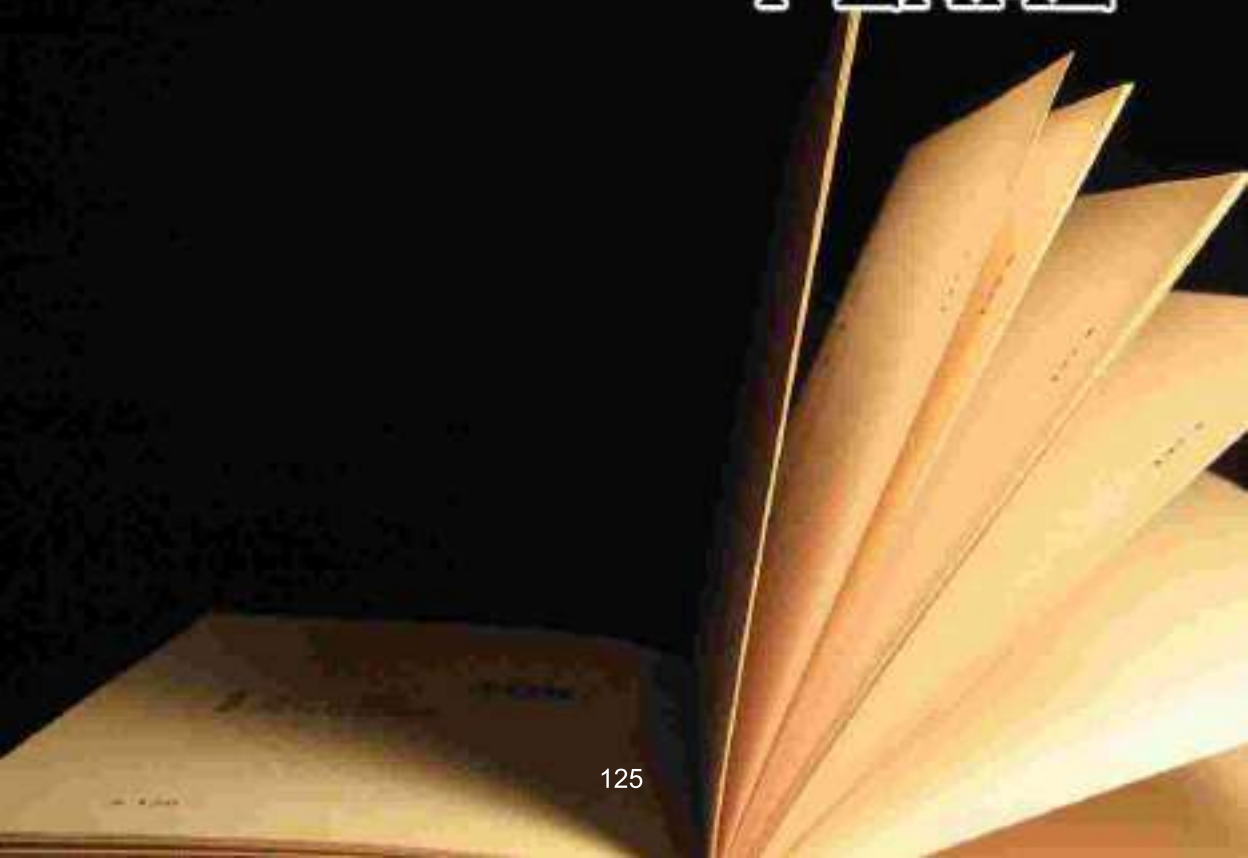
Por supuesto, que observando los tratados, convenios y arreglos internacionales en materia de extradición.

BIBLIOGRAFIA

1. Convenio Europeo Sobre la Extradición.
2. Convención de la Organización de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado.
3. Convención de la Organización de Naciones Unidas contra la Corrupción.
4. Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra el tráfico de Narcóticos y Psicotrópicos.
5. Constitución Política de la República de Guatemala.
6. Código Penal de Guatemala.
7. Ley Reguladora del Procedimiento de Extradición.
8. Gaceta de la Corte de Constitucionalidad.
9. García, Casimiro, El Procedimiento de Extradición, Colex, Madrid, 1998.



LA NEOCODIFICACIÓN PENAL



LA NEOCODIFICACIÓN PENAL

Lic. Hugo Roberto Saavedra
(Docente UNIFOCADEP)

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo trata de explicar este nuevo fenómeno producto de la descodificación para darle la bienvenida a la neocodificación penal, que niega un *corpus* unitario y homogenizador de normas jurídicas, aglutinadas sistemáticamente en el legendario código.

Se aportan algunos datos históricos para la mejor comprensión obvie aspectos los filosóficos para no hacer densa la lectura, pues interesa que el Defensor o Defensora pública penal, asimile fácilmente las ideas centrales del por qué la crisis del movimiento codificador.

Fue necesario abordar la tendencia del Derecho penal simbólico que contiene un gran catálogo de figuras delictivas con penas drásticas plasmadas en leyes penales especiales de cero tolerancia al crimen organizado, por considerarse un enemigo del sistema, con fines tutelares a la sociedad que reclama seguridad, debiendo pagar el alto precio de nulificar ciertas garantías, para lo cual me permito brindar algunos ejemplos de lo incomprensivo que resulta la descodificación por la existencia de leyes penales especiales que conforman el neocódigo penal guatemalteco que riñe con la lógica del Derecho penal liberal garantista y de *ultima ratio*; por ello, se puede tener muchas leyes, pero poco imperio de la ley, es decir, mucho derecho y poca certidumbre.

LA NEOCODIFICACIÓN PENAL

Desde el aula universitaria se habló por primera vez a los estudiantes de Derecho acerca del movimiento codificador de las leyes, iniciado desde la época romana, y de la trascendencia del término código; además, se nos enseñó su génesis histórica, la que se aborda brevemente.

El antecedente próximo al término código fue el de la palabra “codex”, del latín códice, que es un madero rectangular en el cual se escribían ideas generales, como una compilación. Posteriormente, producto de las decisiones imperiales adoptadas en Roma, el referido término adopta tíbiamente connotaciones jurídicas, pero advierto que no estamos ante la presencia de una codificación *strictu sensu*.

El movimiento codificador tiene como antecedente la época romanista; al aparecer el Código de Justiniano que marcó la tendencia a la codificación, hasta que en el medio evo sufre un declive, pues la única materia objeto de codificación, fue la religiosa y no otra, es decir, el Derecho Canónico era el imperante. Transcurren algunos siglos para poder hablar del renacer de este movimiento, hasta llegar a otro código célebre, cuya influencia irradió a diferentes países de Europa y América latina como lo fueron los Códigos de Napoleón, de 1804 en materia civil, y en 1810, en el ámbito penal, desencadenándose nuevamente el movimiento codificador en toda Europa, como panacea de los diferentes conflictos del recién Estado- Nación.

Esa codificación se justificó por el hecho de la dispersión existente de leyes en Francia, que afectaban el poder central y lo debilitaban, pues en el lado norte operaban las costumbres germánicas, en tanto que en el sur se aplicaba el Derecho Romano a través del denominado *Iuris Corpus Civiles*; además, la Ilustración, producto de la Revolución Francesa, debía arrasar con legislaciones arcaicas y actualizarlas, como lo reclamaba la coyuntura económica y mercantilista de ese momento histórico. “La iniciativa de realizar la Codificación, además, corresponde por igual a unos y otros grupos ideológicos: lo que les diferencia es solo el carácter final del Código, que está condicionado en uno y otro caso, a la regulación sustantiva de

algunas instituciones que no pueden estar aisladas de unas connotaciones ideológicas o de ciertas creencias. Liberales, moderados y progresistas, persiguen por igual la unificación del Derecho civil que ponga fin al desorden y a la confusión.”¹

La Ilustración es un movimiento ideológico de la burguesía frente a la monarquía europea, que finalizó con la Revolución Francesa; por ello, tanto el Código Civil como el Penal Napoleónico reflejaron intereses de la clase dominante, como ocurre hoy con nuestros códigos, y en particular, con el Código Penal, pero la necesidad de certeza jurídica ante la inflación de leyes dispersas obligó a recurrir a esta técnica legislativa.

Está época liberal le apostó a la razón humana como rectora del quehacer del hombre; fue una filosofía antropocéntrica que se irradió considerando al hombre como el centro del universo, y con una postura eminentemente individualista, por tal razón, “Esta necesidad de seguridad jurídica se traduce concretamente en la búsqueda de racionalizar el Derecho, cuya forma más elaborada es la codificación.”² Este movimiento codificador es estandarte en la búsqueda de la certeza jurídica que requería la autoridad para el ejercicio del *Ius Imperium* y para consolidar el control social sobre la sociedad con el fin de evitar la anarquía y una eventual anomia.

El tiempo transcurrió y el fenómeno de la codificación ganó su propio espacio y reconocimiento por parte de la comunidad de penalistas, partidarios de la filosofía política liberal. “Lo que se busca es la liberación de las leyes despóticas y de la creencia en que su sola proliferación, como pensara Hegel, haría al individuo más libre. Esa liberación exigiría la protección legal de los derechos, las libertades y garantías liberales y la institucionalización del modelo democrático liberal. El proyecto codificador arranca en esta segunda etapa de la teoría de la legislación, prometiendo al ideario racionalista el instrumento jurídico positivo que dotase del más alto rango de racionalidad formal a la razón material ilustrada”³

¹ Baró Pazos, Juan. Página 102

² Cabrillaac, Rémy. Página 76

³ Suárez Llanos, M. Leonor. Página 5

De acuerdo con las ideas que se vienen planteando y fuera del tema histórico, hablar de código significa aglutinar un conjunto de normas jurídicas, creadas por parte del organismo competente, ya sea congreso o parlamento, que pasan a formar un cuerpo unitario, sistemático y coherente, diseñado para homogenizar y regular alguna materia en especial, o institución jurídica, con una alta carga académica y brindando certeza jurídica. Por ejemplo, el Código Penal al crearse, fue dividido en dos partes, una general y otra especial. En el apartado general, se plasmó una serie de principios, teorías y criterios valorativos, en tanto que la parte especial, se caracterizaría por contener un catálogo de delitos; sin embargo ambas secciones se interrelacionan a través de la dogmática penal y teoría del delito.

Es un hecho que toda sociedad evoluciona, y lo que fue novedad en una época ya no lo es en otra, por la misma dialéctica social que afronta nuevas conflictividades, por lo que el movimiento codificador no es la excepción, que ya no responde a la actual realidad, como sucede con el Código Penal vigente y quedando desfasado ante el nuevo fenómeno criminal que es más veloz y que lo convierte en un corpus sustantivo desactualizado; por ello se justifican cambios, mediante leyes penales especiales para adaptarlo a esas nuevas dinámicas de la denominada criminalidad organizada transnacional, tipificándose allí los denominados delitos de última generación o delitos no convencionales, como trata de personas, lavado de dinero, tráfico de órganos, etc.

Por esta razón, se justifica, en la actualidad, la tendencia a la inflación penal, que es crear un sin número de delitos en leyes penales especiales, cuya falencia es el no haber utilizado datos de la realidad en su configuración, es decir, no se realizan estudios previos cualitativos y cuantitativos como aportes de la Criminología⁴ que nutre de insumos fácticos al legislador; entonces, estamos ante un desbordamiento de delitos que configuran el denominado Derecho Penal simbólico, mediante el cual

⁴ “Cabe definir la Criminología como ciencia empírica e interdisciplinaria, que se ocupa del estudio del crimen, de la personalidad del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo, y trata de suministrar una información válida, contrastada, sobre la génesis, dinámica y variables principales del crimen, así como sobre los programas de prevención eficaz del mismo y técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente” Pablos de Molina, Antonio García. Página 19

se trata de tranquilizar a la sociedad en un aparente clima de confianza, dando la impresión de ser efectivos mediante estrategias mediáticas, que sobredimensionan el éxito de esa política criminal estatal, pero que en realidad es una mera impresión; esa es la teleología del Derecho Penal simbólico, brindar calma social, sin dejar de ser selectivo y altamente punitivo.

“Dicho con toda brevedad: el Derecho penal simbólico no sólo identifica un determinado hecho, sino también (o: sobre todo) a un específico tipo de autor, quien es definido no como igual sino como otro. Es decir, que la existencia de la norma penal – dejando de lado las estrategias a corto plazo de mercadotecnia de los agentes políticos – persigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social mediante la definición de los autores como “otros” no integrados en esa identidad. Y parece claro, por otro lado, que para ello también son necesarios los trazos vigorosos de un punitivismo exarcebado, en escala, especialmente, cuando la conducta en cuestión ya se hallaba amenazada de pena. Por lo tanto, el Derecho penal simbólico y el punitivismo mantienen una relación fraternal. A continuación puede examinarse lo que surge de su unión: el Derecho penal del enemigo”⁵

En este orden de ideas, ese expansionismo del Derecho Penal simbólico da origen al movimiento del Derecho Penal del enemigo, que invoca cero tolerancia ante el crimen organizado transnacional, resucitando la figura del peligroso no ciudadano que no goza de garantías constitucionales por ser un perfecto enemigo; por ello, esta tendencia considera al Derecho Penal de *prima ratio* y no de *última ratio*, y para combatir al “otro” se recurre a la creación de un sin número de nuevos tipos penales que conllevan una neo- criminalización por concebir al delincuente en red, que no actúa aisladamente y la nueva estigmatización es la de pertenecer al crimen organizado como cabecilla, lo que lo convierte en un sujeto peligroso.

Al respecto, el profesor Cancio Meliá, nos indica que: “El Derecho Penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: En primer lugar se

⁵ Cuerda Riezu. Página 87

constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro) en lugar de ser retrospectivo (el punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas”⁶

Guatemala no se quedó atrás con esta nueva modalidad de enfrentar al crimen organizado, al promulgar infinidad de leyes penales especiales, como lo he reiterado, que contienen notas distintivas del Derecho penal simbólico expansivo, y por ende, del enemigo, contemplando tipos penales abiertos con penas drásticas, verbigracia, el Decreto 21- 2006 del Congreso de la República de Guatemala, que contiene la Ley contra la delincuencia organizada, y sus reglamentos, relacionados con las escuchas telefónicas, los agentes encubiertos y entregas vigiladas, la Ley para el fortalecimiento de la persecución penal, la Ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas, etcétera, poniendo en evidencia la crisis del Código Penal. “Un indicio del envejecimiento de la codificación según la fórmula consagrada, reside ciertamente en la multiplicación de nuevos textos que rigen una materia al margen de la estructura del código. Esta constatación ha llegado a ser hoy, banal: los códigos ya no están en el corazón del sistema jurídico que deberían regir, y se han desintegrado a causa del aumento de leyes especiales”⁷

El Defensor o Defensora pública debe estar conciente que está frente al movimiento de la descodificación que ya permeó el Código Penal guatemalteco, que ya no responde a nuestra realidad criminógena por la propia dialéctica social, política y globalización económica que están produciendo nuevas modalidades de criminalidad organizada, que se reinventa constantemente; por ello, los Estados generan a una alta velocidad este cúmulo de leyes especiales, algunas totalmente improvisadas, sin

⁶ Cancio Meliá, Manuel. Página 18.

⁷ Cabrillac, Rémy. Página 131

importar que trastocan y desdibujan los principios clásicos del Derecho Penal liberal⁸, por lo que estamos ante un categórico retroceso a la época monárquica de la dispersión incoherente de leyes, incomprensibles a la sana lógica jurídica, tremendamente discrecionales y arbitrarias, cuya onda expansiva asistémica es innegable.

Esa descodificación, también se caracteriza porque algunas de esas leyes penales especiales (por no decir todas) no tienen sustrato doctrinal y debate académico, lo que interesa es su eficacia y velocidad para neutralizar la criminalidad en red; por ello, los datos de la praxis tienen mayor peso que el rigor científico, presentándose un divorcio entre teoría y práctica, lo que convierte a las referidas leyes, en asistemáticas, altamente reclamadas por los diversos actores sociales, políticos o económicos que ejercen todo tipo de presión sobre el legislador para frenar la violencia mediante leyes de cero tolerancia al crimen organizado o delincuencia común; por ello, ya no interesa un *corpus iuris* sistemático con rigor académico, lo que importa es su eficacia. Ejemplos abundan en nuestra legislación guatemalteca, a saber:

- El artículo 27 de la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, prescribe que: “Se derogan todas las disposiciones legales o reglamentarias que se opongan o contravengan las normas contenidas en la presente ley”. De acuerdo con el texto, el Juzgador podrá olvidarse de las máximas *favor libertatis*, contenida en el artículo 259, último párrafo, del Código Procesal Penal o el *indubio pro reo*, contenido en el artículo 14 del mismo cuerpo legal.
- En el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se consagra el principio de legalidad sustantiva, que contempla el denominado Derecho penal de acto, que postula que solo las acciones u omisiones penalmente relevantes se penalizarán.

⁸ Este Derecho penal liberal, originado de la revolución francesa, se caracteriza por su garantismo y propone una serie de límites al *ius puniendi* del Estado, en respeto a la vida, dignidad e integridad de la persona por su condición de humana o humano, por ello se han construido los principios de legalidad, de taxatividad, prohibición de la analogía, presunción de inocencia, etc.

Se cuestiona si el delito de asociación ilícita, contenido en la Ley contra la delincuencia organizada, es inconstitucional, pues penaliza el solo hecho de formar parte o integrar un grupo del crimen organizado y no acciones u omisiones, por lo que contradice el Derecho penal de acto y por ende aquel precepto de la Carta Magna.

- El artículo 27 de la Ley del fortalecimiento de la persecución penal, prohíbe otorgar medida sustitutiva si el delito es inmutable, afectándose el principio de favor *libertatis*; con ello, la prisión es la regla general.
- La tan cuestionada figura del colaborador eficaz, dentro del Derecho penal premial, contenido en la Ley contra el crimen organizado y Ley del fortalecimiento de la persecución penal, que aparece por primera vez en los años setenta, en Italia, con el nombre de pentito (arrepentido) utilizada por el Juez Giovanni Falcone, en la persecución de la Camorra o mafia Siciliana. Esa inversión de roles, de acusado a acusador, conllevan un dilema ético, pues el colaborador no goza de solvencia moral por traidor, al negociar la justicia para obtener su libertad u otros beneficios, a sabiendas que participó en hechos delictivos de gravedad.
- La advertencia que hacen algunos jueces penales al defensor o defensora pública, antes de iniciar determinada audiencia de no interferir por el exceso de objeciones, so pena de certificar lo conducente por el delito de obstrucción a la justicia.
- Otros ejemplos de incomprensión académica es la discusión actual de crear una ley antimaras, el restablecimiento de la pena de muerte, Proyecto de ley de ingreso de jóvenes transgresores al ejército con la finalidad de disciplinarlos, y la Ley de extinción de dominio parecida a la que existe en México y en Colombia.

“Así las cosas, la crítica postmoderna objeta a la codificación moderna y liberal: 1) el permanente cambio de la estructura social estatal y extra-estatal- alimentados incesantemente por la economía y tecnología- que mina su relación con el ámbito jurídico y la ilusión social de la integración

del desorden en el orden; 2) el debilitamiento jurídico de las fronteras racionales; 3) el enfrentamiento de la codificación formal a la codificación constitucional material y principios. Por todo ello, ha llegado ya el momento de dar fe de la caída del modelo codificador, pues la dinámica y cambiante realidad político- social ya no se deja someter a quijotescas empresas de enclaustramiento en las rígidas fórmulas generales codificadoras ajenas a las posibilidades de ajusticiamiento constitucional y judicial”⁹

Para aumentar la crisis de la codificación, se suma la influencia del Derecho supranacional con sus tratados que orientan a los Estados a crear determinadas leyes o delitos en contra de la delincuencia organizada. Podremos tener muchas leyes, pero poco imperio de la ley, es decir, mucho derecho y poca certidumbre, eso es descodificar e irremediablemente ingresamos a la era de la neocodificación penal.

La neocodificación es consecuencia del expansionismo o inflación del Derecho penal, corporificado mediante un gran número de leyes penales especiales, renunciándose a la figura decimonónica de “código” que contiene fórmulas cerradas y formalistas que no gozan de adaptabilidad espontánea a la dinámica societaria, política y económica y sus evolutivos conflictos, que en el día a día hacen anacrónico dicho *corpus*; por esa razón, se hace necesario contar con leyes penales especiales flexibles, y sobre todo, eficaces, que permitan repensarlas y reelaborarlas con rapidez conforme las exigencias del fenómeno criminal, al amparo de una la política criminal altamente retributiva. Esas leyes no deben visualizarse como fragmentos normativos aislados, todo lo contrario, ellas forman parte del neocódigo penal guatemalteco; en ese cúmulo de leyes está inmerso el Código Penal propiamente dicho, absorbido y sin protagonismo, y se podría decir, hasta invisibilizado, en ciertos casos.

Otra nota distintiva del neocódigo penal es que algunas de sus leyes gozan de una deslegalización por su fuente de origen al no ser creadas por el Organismo Legislativo, sino que son producto de otros organismos

⁹ Suárez Llanos, M. Leonor. Ob. Cit. Página 229

del Estado, tal es el caso de los acuerdos gubernativos 187, 188 y 189 del ejecutivo, que contienen los reglamentos de entregas vigiladas, interceptaciones telefónicas y operaciones encubiertas, que son métodos especiales de investigación propios de la Ley contra la delincuencia organizada. “Es más no se ha producido hasta ahora debate sobre la constitucionalidad de la institución. La coincidencia doctrinal inicial, y sobre todo las concretas características de la deslegalización en nuestro país, han evitado un debate en profundidad sobre los límites constitucionales de la deslegalización”¹⁰

El fenómeno de la deslegalización está en íntima relación con la reserva de ley. “La reserva de ley significa que sólo mediante una declaración del legislativo es posible regular determinadas materias. Suele distinguirse entre distintas clases de reserva: así, se habla de la reserva absoluta; entendiéndose por tal la que no permite ningún proceso de deslegalización; esto es que solo el poder legislativo ha de regular toda la materia. Frente a ella, la reserva relativa de ley admitiría que el poder legislativo, mediante un acto de voluntad, delegara en instancias inferiores, y especialmente en el ejecutivo, la regulación.”¹¹ Con palabras sencillas, la reserva de ley es la autorización que el Organismo Legislativo plasma en una determinada ley ordinaria, para que el ejecutivo emita el reglamento de esa ley; entonces, se produce la deslegalización, pues un ente diferente al legislativo creará esa ley. Un ejemplo lo encontramos claramente en el artículo 112 de la Ley contra la delincuencia organizada, que faculta al Organismo Ejecutivo a emitir los reglamentos de esa ley, lo cual ocurrió efectivamente, pero los nominó como “acuerdos gubernativos” y no como reglamentos, que es una falencia objeto de análisis en cuanto a sus consecuencias jurídicas, en otra oportunidad.

Finalmente, espero que el Defensor o Defensora pública penal al terminar de leer el presente trabajo, comprenda que a lo interno del concepto neocódigo penal gravitan líneas de pensamiento antigarantistas, como lo es el Derecho penal simbólico, Derecho penal del enemigo o la

¹⁰ Roig, Antonio. Página 179

¹¹ Carbonell Mateu. Página 4

deslegalización, tendencias contrarias a los mandatos constitucionales, por ello no se descarta la presentación de una acción de inconstitucionalidad en caso concreto frente a un tipo penal abierto por atentar contra el principio de taxatividad o para el caso del delito de asociación ilícita que es contrario al Derecho penal de acto, por mencionar algunos ejemplos, pero aclaro que existe un sin número de casos que están impregnados por estas tendencias que no serán motivo de análisis, pues la finalidad del presente artículo es la actualización por parte de los Defensores y Defensoras de estas escuelas, inclusive de este nuevo léxico de última generación para estar a la vanguardia jurídico penal y estar preparados en la construcción de la estrategia de defensa al amparo de un Derecho penal mínimo de corte liberal que debe prevalecer.

BIBLIOGRAFIA

- Baró Pazos, Juan. **La Codificación del Derecho Civil español**, Universidad de Cantabria, Gráficas Calima, S. A. España, 1993.
- Cabrillac, Rémy. **Las Códificaciones Editorial Flandes Indiano**, Ltda., Traducción de obras francesas contemporáneas, Chile, 2002. Página 131
- Cancio Meliá, Manuel. **Derecho Penal del enemigo**. Editorial Civitas, España, 2003
- Carbonell Mateu. **Derecho penal y principios constitucionales. Artículo académico**, Universidad de Valencia, España, sin fecha.
- Cuerda Riezu. **La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos**, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2006.
- Pablos de Molina, Antonio García. **Criminología**, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, España, 1996. Página 19
- Suárez Llanos, M. Leonor. **El sueño de la codificación y el despertar del Derecho**, Universidad de Oviedo. Artículo electrónico, Doxa, cuadernos de Filosofía del Derecho
- Roig, Antonio. **La deslegalización, Orígenes y límites constitucionales**, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2003. Página 179

LEYES:

- Constitución Política de la República de Guatemala
- Ley contra la delincuencia organizada
- Ley del fortalecimiento de la persecución penal
- Ley del femicidio y otras formas de violencia contra la mujer



**CAUSAS POR LAS
QUE GUATEMALA
NO HA RATIFICADO
EL ESTATUTO DE LA
CORTE PENAL
INTERNACIONAL**

CAUSAS POR LA QUE GUATEMALA NO HA RATIFICADO EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Maestro José Gustavo Girón Palles
(Coordinador UNIFOCADEP)

INTRODUCCIÓN

Producto de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, realizada en Roma el 17 de julio de 1998, se aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional. A la fecha han firmado 139 países de los 192 miembros de la Organización de Naciones Unidas. Pero, de los 139 solo han ratificado 111 países (es. Wikipedia.org/ Corte Penal Internacional). Hay 53 países que no son parte del Estatuto, dentro de los que se encuentra Guatemala. El Estatuto de la Corte Penal Internacional entro en vigencia el 1 de julio del año 2002, actualmente la Corte tiene su sede en La Haya.

El 17 de febrero de 2002 el Presidente de Guatemala Alfonso Portillo, solicitó a la Corte de Constitucionalidad, opinión consultiva para establecer si el Estatuto no contraviene la Constitución Política de la República de Guatemala, y el 25 de marzo de 2002 la Corte de Constitucionalidad emitió opinión en la cual no encuentra incompatibilidad entre el Estatuto y la Constitución de Guatemala. El 7 de mayo de ese año, el Presidente de la República remitió al Congreso la iniciativa de ley para la aprobación del Estatuto. Luego que la Comisión de Relaciones Exteriores emita su opinión, este deberá ser sometido al pleno del Congreso para su aprobación, y a la fecha aún no se ha aprobado.

El objetivo de esta investigación consistió en determinar las causas por las que Guatemala no ha ratificado el Estatuto. El problema consiste

en la negativa de ratificación del Estatuto, a pesar que ya se emitió opinión favorable de la Corte de Constitucionalidad. Se plantearon dos hipótesis, a) Guatemala no es parte de Estatuto de Roma, porque celebro acuerdo con el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica de no llevar a norteamericanos a tribunales internacionales. b) Algunos políticos de Guatemala, no han comprendido lo relativo a la vigencia de la competencia de la corte y temen que se juzgue algunos guatemaltecos por crímenes de lesa humanidad durante el conflicto armado.

El trabajo de campo consistió en recopilar información en el Ministerio de Relaciones Exteriores y en el Congreso de la República para establecer las causas de la negativa de ratificación. Y como conclusión se comprobó la primera hipótesis. Guatemala suscribió un Acuerdo con el gobierno del los Estados Unidos de Norteamérica, relativo de la entrega de personas ante los tribunales internacionales. Este Acuerdo se firmó en Guatemala el 10 de noviembre de 2004, y actualmente está en el Congreso de la República para su aprobación. Por tal motivo no se ha ratificado o adherido al Estatuto de la Corte Penal Internacional.

1. ESTATUTO DE ROMA

Definición: Es un código penal y procesal internacional, porque regula los crímenes o tipos penales internacionales, así como el procedimiento para juzgarlos. Desde el punto de vista penal sustantivo desarrolla los tipos penales más graves contra la humanidad, competencia de la Corte Penal Internacional. Además “es el primer instrumento internacional que considera como crímenes de guerra y lesa humanidad los actos de violencia sexual o de género. También es el primer instrumento de este tipo que define el concepto de género.” (Choike.org)

El Estatuto de Roma, como también se le denomina, fue suscrito el 17 de julio de 1998 en Roma, producto de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional. Tiene 128 artículos. El Estatuto de la Corte Penal Internacional entro en vigencia el 1 de julio de 2002.

El Estatuto de Roma, tiene una estructura dividida en trece partes, de la siguiente forma:

- Parte I. Del Establecimiento de la Corte (Artículos 1 a 4)
- Parte II. De la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable (Artículos 5 al 21)
- Parte III. De los Principios generales del Derecho Penal (Artículos 22 a 33)
- Parte IV. De la composición y administración de la Corte (Artículos 34 a 52)
- Parte V. De la investigación y enjuiciamiento (Artículos 53 a 61)
- Parte VI. Del Juicio (Artículos 62 a 76)
- Parte VII. De las penas (artículos 77 al 80)
- Parte VIII. De la apelación y revisión (Artículos 81 a 85)
- Parte IX. De la Cooperación Internacional y la asistencia judicial (Artículos 86 a 102)
- Parte X De la ejecución de las penas. (Artículos 103 a 111)
- Parte XI. De la Asamblea de los Estados Partes. (Artículo 112)
- Parte XII. De la Financiación (Artículos 113 a 118)
- Parte XIII. Cláusulas finales (Artículos 119 a 128)

Para tener una idea general del Estatuto de Roma, a continuación se desarrollan las partes principales.

1.1 LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La Corte, será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto. (Artículo 1 Estatuto de Roma) La sede de la Corte se encuentra en la ciudad de La Haya, Países Bajos, pero está facultada para celebrar sesiones en otro lugar cuando lo considere.

2. COMPETENCIA DE LA CORTE

La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Conocerá de los siguientes tipos penales:

- a) El crimen de genocidio
- b) Los crímenes de lesa humanidad
- c) Los crímenes de guerra
- d) El crimen de agresión.

2.1 SANCIONES O PENAS APLICABLES

Se regulan en el artículo 77 del Estatuto.

“1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes:

- a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o
- b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer:

- a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba;
- b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe”.

Para países como Guatemala, resulta interesante conocer que ante crímenes de lesa humanidad, el Estatuto de Roma en las sanciones, **no incluye la pena de muerte**, y que el máximo de la pena de prisión es de 30 años, salvo situaciones muy extremas en donde se aplicará la reclusión a perpetuidad.

2.2 LA COMPETENCIA TEMPORAL

La competencia para investigar y juzgar los crímenes antes mencionados la obtuvo después de la entrada en vigor del Estatuto, a partir del 1 de julio de 2002.

2.3 EJERCICIO DE LA COMPETENCIA

Los procesos se inician de la siguiente forma:

- a) Un Estado parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes. (El crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión).
- b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes, o
- c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15. (Artículo 13 Estatuto)

2.4 CASOS TRAMITADOS

A partir de su vigencia, 1 de julio de 2002, la Corte Penal Internacional, recibe muchas denuncias, pero han prosperado cinco situaciones:

1. Investigación y enjuiciamiento de crímenes cometidos en la República Democrática Cogo, dentro de ellos, el Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo, Bosco Ntaganda, Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui. Este caso fue remitido por el gobierno del Congo. El 23 de junio de 2004, el fiscal abrió la primera investigación de la Corte Penal Internacional sobre crímenes cometidos durante el conflicto de la República Democrática del Congo, relacionado a un conflicto de casi 10 años, en donde han muerto millones de personas. Se atribuyen al ejército congoleño y a grupos armados de oposición, crímenes de guerra y de lesa humanidad, como asesinatos, violaciones, militarización de niños y niñas, esclavitud sexual y otras formas de violencia sexual.

“El 17 de marzo de 2006, la Corte Penal Internacional hizo pública una orden de detención contra Thomas Lubanga Dyilo, presunto fundador y líder de la Unión de Patriotas Congoleños, que estaba bajo custodia en la República Democrática del Congo y que fue entregado a la Corte el 20 de marzo de 2006. Thomas Lubanga Dyilo está acusado de alistar, reclutar y utilizar a niños y niñas menores de 15 años para la participación activa en hostilidades. El procesamiento de Thomas Lubanga Dyilo será el primer caso de la Corte. Asimismo, continúan las investigaciones sobre otros crímenes cometidos en la República Democrática del Congo.” (www.amnesty.org/es/)

2. Investigación y enjuiciamiento de crímenes cometidos en Uganda. Este caso también lo remitió el gobierno ugandés. Similar al caso anterior producto del conflicto armado entre las fuerzas del gobierno de Uganda y el Ejército de resistencia de Señor, la población civil sufrió matanzas generalizadas, delitos de violencia sexual, reclutamiento forzado de niños y niñas soldados y desplazamiento.

“El 14 de octubre de 2005, la Corte hizo públicas sus primeras órdenes de detención contra cinco dirigentes del Ejército de Resistencia del Señor -Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen y Raska Lukwiya– y los acusó formalmente de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, entre ellos asesinato, violación y esclavitud sexual, así como de dirigir un ataque contra la población” (www.amnesty.org/es/)

3. Investigación y enjuiciamiento de crímenes cometidos en Darfur (Sudán). Aunque Sudán no ha ratificado el Estatuto, éste es el primer caso remitido por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en resolución 1593 del 31 de marzo de 2005. La Corte Penal Internacional inicio la investigación el 6 de junio de 2005, por delitos perpetrados en Darfur, en donde más de dos millones de civiles han sido víctimas de homicidio, violación, tortura o desalojo forzado de sus hogares durante el conflicto que asuela la región.

“El 1 de mayo de 2007, la Corte emitió dos órdenes de detención contra el ex ministro del Interior Ahmad Muhammad Harun y el famoso líder Yanyawid Ali Muhammad Ali Abdelrahman (también conocido como Ali

Kushayb), acusados de crímenes de guerra y de lesa humanidad. Amnistía Internacional hace campaña para que sean detenidos y entregados a la Corte. Por el contrario, el gobierno de Sudán se ha negado públicamente a colaborar en esta cuestión". (www.amnesty.org/es/)

4. Investigación y enjuiciamiento de crímenes cometidos en la República Centroafricana. Este caso es una de los más recientes, inició el 2 de mayo de 2007, por homicidios, violaciones, violencia sexual y pillaje perpetrados durante 2002 y 2003 en la República Centroafricana.

Es importante resaltar que los casos son muy extensos, ya que en algunos habrá que recibir la declaración de centenas de testigos. Además en la mayoría de casos están involucrados expresidentes y autoridades de gobiernos anteriores, personas que tienen muchos simpatizantes. No obstante, organizaciones como Amnistía Internacional se ha preocupado porque estos casos sean juzgados en jurisdicción universal ante la Corte Penal Internacional, así como promover la ratificación del Estatuto por los países que no lo han hecho.

5. Situación de Kenia (abierto el 31 de marzo de 2010). Posterior a las elecciones en 2007, se atribuye a grupos organizados la muerte de aproximadamente mil personas fueron asesinadas, mas de tres mil lesionadas, y por los menos trescientos cincuenta mil desplazadas. Actos brutales e inhumanos como circuncisiones y amputaciones de genitales frecuentes frente a familiares de las víctimas durante el período 2007 y 2008. Este caso fue iniciado por el Fiscal, y la Sala de cuestiones preliminares lo encontró admisible, ya que el gobierno de Kenia no ha abierto investigación ni juicio en contra de los responsables.

3. ÓRGANOS DE LA CORTE

La Corte estará compuesta de los órganos siguientes:

- a) La Presidencia
- b) Una Sección de Apelaciones, una sección de Primera Instancia y una Sección de Cuestiones Preliminares
- c) La Fiscalía
- d) La Secretaria

El actual Presidente de la Corte es Philippe Kirsh y el Fiscal es el argentino Luis Moreno Ocampo. Para conocer los juicios se integran las Salas de Primera Instancia, y en casos necesarios se integran las Salas de Apelaciones. Judicialmente se realiza una primera audiencia preliminar en primera instancia. A fecha ha conocido 9 casos de las 5 situaciones relacionadas, pero en ninguna se ha dictado sentencia.

4. PAÍSES QUE HAN RATIFICADO EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

“La dramática votación de Roma el día 17 de julio de 1998, que se prolongó hasta altas horas de la noche, aprobó por una abrumadora mayoría el Estatuto para la creación de un ICC por 120 votos a favor y 7 en contra, con 21 abstenciones. Esta votación supuso un gran avance de frenar decididamente la impunidad de graves violaciones de Derecho Humanos” (Ambos Kai, 2000:122)

A la fecha han firmado 139 países y 111 los han ratificado. Guatemala es una de los países que no ha ratificado el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

5. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA

Guatemala suscribió el Estatuto de Roma, pero hasta el 2 de agosto de 2010 no lo ha ratificado. Es uno de los 53 países que no son parte del

Estatuto. Por la importancia que reviste la Competencia de la Corte Penal Internacional especialmente en juzgar los delitos más graves, complementando a la justicia interna de cada Estado, y para luchar contra la impunidad en este tipo de crímenes especialmente los de genocidio y lesa humanidad, es importante que Guatemala sea parte del Estatuto adhiriéndose al mismo. Hasta el momento se desconocen las verdaderas causas por la que aún no se ha ratificado.

5.1 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

En la ciudad de Roma, Italia, el 17 de julio de 1998, Guatemala por instrucciones específicas, firmó el Acta Final del Estatuto de Roma en la Conferencia Diplomática Plenipotenciarios de la ONU sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional. Sin embargo, en el artículo 125 del Estatuto de Roma, se explica que después del 2000, el mismo estará abierto a la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, debiendo depositar los instrumentos en poder del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas.

En el año 1999, el organismo Ejecutivo, se presentó en 1999 al Congreso de la República, la iniciativa de ley para la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal internacional, en la que la Comisión Permanente de Relaciones Internacionales del Congreso, aprobó por unanimidad el proyecto.

Posteriormente el proyecto de ley fue enviado a la Procuraduría General de la Nación y luego de ser aprobado, fue remitido a Corte de Constitucionalidad para su respectiva consulta de constitucionalidad. En el 2002, el Presidente Alfonso Portillo hizo una solicitud de Opinión Consultiva, en la que manifestó que interesa al Gobierno dilucidar si el Estatuto de Roma en alguna forma, entra en conflicto o no, con la Constitución Política de la República de Guatemala o con alguna otra norma de derecho público interno de Guatemala, por lo que hizo las siguientes preguntas:

- a. ¿La CPI podrá ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con lo dispuesto en su Estatuto, en el territorio de cualquier Estado parte, y por acuerdo especial en el territorio de cualquier otro Estado?
- b. ¿El Estatuto de Roma contraviene o no lo preceptuado en el artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Éste artículo se refiere a la independencia del Organismo Judicial y su potestad de juzgar.
- c. ¿Contraviene el Estatuto de Roma el artículo 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala, referente a las condiciones esenciales de la administración de justicia?
- d. ¿El referido Estatuto contraviene alguna otra disposición constitucional?, debido a que el tribunal en él establecido tendrá competencia para juzgar los crímenes de trascendencia más grave para la Comunidad Internacional, en particular, genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, y el crimen de agresión cometidos después que entre en vigor el Estatuto; en consecuencia, la CPI podría ejercer competencia sobre esos crímenes cometidos por cualquier persona en el territorio de Guatemala, por haber tenido lugar allí la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de buque o aeronave guatemalteca, así como cometidos por nacionales guatemaltecos?. (Expediente No 171-2002 Corte de Constitucionalidad).

5.2 OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD

La Corte de Constitucionalidad opinó que el Estatuto de Roma contiene disposiciones que puedan considerarse incompatibles con la Constitución Política de la República. Con base en esta opinión consultiva el 7 de mayo del mismo año, el Presidente de la República remitió al Congreso la iniciativa de ley para la aprobación del Estatuto, pero no fue sino hasta enero de 2006 que la Comisión de Relaciones Exteriores del Organismo Legislativo emitió dictamen favorable, estando pendiente la

aprobación de la iniciativa de ley 3274 por el Pleno del Congreso de la República de Guatemala.

5.3 RATIFICACIÓN O ADHESIÓN

El Presidente del Organismo Ejecutivo deberá “Someter a la consideración del Congreso para su aprobación, y antes de su ratificación, los tratados y convenios internacionales y los contratos y concesiones sobre servicios públicos. (Artículo 183 k) Constitución Política de la república de Guatemala) Corresponde al Congreso, de la República “I) Aprobar, antes de su ratificación, con el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el congreso, los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional, cuando: 1) Afecten a leyes vigentes”. (Artículo 171 CPRG)

Por ratificación, aceptación, aprobación y adhesión, en la terminología de la Convención de Viena, significa el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional, su consentimiento en obligarse por un tratado. “La ratificación y la adhesión se diferencian en que si el tratado ha sido suscrito, se ratifica. Si se ha cerrado a la firma el tratado, pero permite la adhesión de otros Estados, y no ha sido suscrito por Guatemala, procede la adhesión.” (Chávez Bietti en Salas Morales, 2007:39) El Estatuto de Roma se cerró a firma el 31 de diciembre del 2002 el Estado guatemalteco no ha suscrito el tratado aún y, por consiguiente lo que procedería a continuación es la adhesión a dicho tratado.

5.4 PREGUNTAS DEL PROBLEMA

¿Porque razón Guatemala, no ha ratificado el Estatuto de Roma, si la Corte de Constitucionalidad emitió opinión favorable, en el sentido de que no contraviene la Constitución?

Para establecer las causas por las que Guatemala no ha ratificado el Estatuto de Roma, se proponen hipótesis o respuestas anticipadas al problema:

6. HIPÓTESIS:

1. Guatemala no es parte de Estatuto de Roma, porque celebro Acuerdo con el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica de no llevar a norteamericanos a tribunales internacionales.
2. Algunos políticos de Guatemala, no han comprendido lo relativo a la vigencia de la competencia de la corte y temen que se juzgue algunos guatemaltecos por crímenes de lesa humanidad durante el conflicto armado.

7. METODOLOGIA

La investigación se realizó por el método inductivo-deductivo, y se aplicó la técnica de la entrevista a empleados del Ministerio de Relaciones Exteriores y del Congreso de la República. Desde luego hubo consulta bibliográfica para establecer un marco teórico conceptual.

8. TRABAJO DE CAMPO

8.1 MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Se investigó en Convenios del Ministerio de Relaciones exteriores, sobre ¿Si existe algún tratado o convenio celebrado entre Estados Unidos de Norteamérica y Guatemala, relativo a no entregar a personas norteamericanas a los tribunales internacionales?

La respuesta fue positiva, indicando que el 10 de noviembre de 2004, se suscribió en Guatemala, un Acuerdo entre el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica y Guatemala, relativo a la entrega de personas a los tribunales internacionales. Pero que por el momento no podía consultarse en el Ministerio porque, tal acuerdo como iniciativa de ley se encuentra en trámite en el el Congreso de la República para su aprobación.

8.2 BÚSQUEDA EN EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

En la Dirección Legislativa del Congreso de la República, se adquirió una copia de la iniciativa de ley número 3274, enviada por el Presidente de la República, asunto: Iniciativa que dispone aprobar el Acuerdo entre el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica y el gobierno de la República de Guatemala, relativo a la entrega de personas a los tribunales internacionales, suscrito en la ciudad de Guatemala el diez de noviembre de dos mil cuatro.

La iniciativa presentada se encuentra con todos sus dictámenes favorables de las siguientes instituciones: a) Ministerio de Gobernación, b) Cuerpo consultivo de la Presidencia de la República; c) Ministerio de la Defensa Nacional; d) Presidencia del Organismo Judicial; e) Procuraduría General de la Nación, f) Fiscalía General de la República (Ministerio Público); g) Ministerio de Relaciones Exteriores. La iniciativa de ley esta pendiente de ser aprobada por el pleno del Congreso y emitir el Decreto Correspondiente.

8.3 CONTENIDO DEL ACUERDO

El acuerdo contiene 4 puntos, en el primero explica en termino “personas” los funcionarios del gobierno los empleados (inclusive contratistas), o el personal militar, que cumplan o hayan cumplido en el pasado funciones para una Parte, o los nacionales de esa Parte. Las partes son los Estados que celebran el acuerdo. En los punto 2o al 4o, se refieren a que “sin consentimiento expreso de una Parte, las personas de esa parte que estén presentes en el territorio de la otra:

- a) No se entregaran ni trasladaran por ningún medio a cualquier tribunal internacional para ningún fin, a menos que dicho tribunal haya sido autorizado o establecidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

- b) No se entregaran ni trasladarán por ningún medio a cualquier entidad o tercer país, ni serán expulsadas a un tercer país, a fin de que se entreguen o trasladen a cualquier tribunal internacional, a menos que dicho tribunal haya sido autorizado o establecido por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.
- c) Los puntos 3o y 4o se refieren a que cuando se extradite a un Guatemalteco de los Estados Unidos, o cuando se extradite a un norteamericano de Guatemala, hacia un tercer país, no se convendrá que ese tercer país lo entregue a un tribunal internacional, a menos que dicho tribunal haya sido autorizado o establecido por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sin el consentimiento expreso del Gobierno expreso del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica o de Guatemala, según sea el caso.

8.4 ANÁLISIS DE LOS PUNTOS DEL ACUERDO

- a) Guatemala, se comprometió a no entregar por extradición a un tercer país a la Corte Penal Internacional a ningún norteamericano que sea requerido por esa Corte, sin consentimiento de los Estados Unidos de Norteamérica.
- b) Guatemala no ha ratificado el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y en cumplimiento del Acuerdo, no podrá entregar a norteamericanos a la Corte, ya que aún en el caso que se adhiera al Estatuto, éste dejó previsto en el artículo 98.2 “La Corte no dará curso a una solicitud de entrega e virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma compatible con las obligaciones que le imponga **un acuerdo internacional** conforme al cual se requiera el consentimiento de ese tercer Estado para la renuncia de la inmunidad”.

- c) De manera que, por la suscripción del Acuerdo relativo a la entrega de personas a tribunales internacionales, tales como la Corte Penal Internacional, Guatemala aunque se adhiera al Estatuto no podrá entregar a la Corte a cualquier norteamericano sin el consentimiento de los Estados Unidos de Norteamérica. Mientras tanto, Guatemala no se adhiere al Estatuto de Roma.

9. SITUACIÓN DE GUATEMALA DESPUÉS DE LA CONFERENCIA DE KAMPALA

La Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Conferencia Penal Internacional, se realizó del 31 de mayo al 11 de junio de 2010 en Kampala, Uganda. Esta conferencia, (diferente a una Asamblea de Estados Parte) quedó establecida en el artículo 123 del Estatuto, o sea revisarlo siete años después de su aprobación, especialmente las reservas del artículo 124 de Estatuto, relacionadas con el crimen de agresión, y la inclusión de ciertas armas como crimen de guerra en el contexto de conflicto armado que no sea de carácter internacional. En esta conferencia, no se llegó a ninguna conclusión, sino se dispuso una moratoria para volver a discutir los temas en el año 2017. Sin embargo, muchos países que no son miembros como los Estados Unidos de Norteamérica, y Guatemala asistieron a la Conferencia y manifestaron sus mejores deseos respecto de su incorporación.

Asistió la delegación de Guatemala, e hizo uso de la palabra Ana Cristina Rodríguez, y en su discurso del 1 de junio, manifestó: “En el ámbito internacional, a pesar de que aún no nos hemos adherido a la Corte Penal Internacional, Guatemala valora y reconoce su importante contribución al combate a la impunidad. Cabe mencionar que en el 2009 suscribimos el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Actualmente se encuentra en el Congreso de la República para su aprobación la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Recientemente fuimos electos como miembros del Consejo de Derechos Humanos por un período de tres años (...) Como se sabe, el Gobierno de Guatemala es

signatario del acta final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. En el 2002 nuestra Corte de Constitucionalidad dictaminó sobre la constitucionalidad de la Corte Penal Internacional mediante una opinión consultiva. Luego, en el 2006, la Comisión de Relaciones Exteriores emitió un dictamen favorable, pero aún no ha pasado a debate en el Congreso de la República quien debe autorizar la adhesión.

Guatemala tiene el firme propósito de adherir a la Corte Penal Internacional, previa la aprobación del Poder Legislativo. Nos hubiera gustado mucho venir a esta reunión en calidad de Estado Parte. A pesar de ello, de ninguna manera estamos cruzados de brazos. Seguimos las actividades de la Corte muy de cerca y participamos activamente en las reuniones de Nueva York y La Haya. El año pasado co-organizamos un seminario junto con otros países en Nueva York en ocasión del décimo aniversario de la Corte. Además, formamos parte del Grupo de Amigos de la Corte Penal Internacional. En el 2006 recibimos al Magistrado Philippe Kirsch en Guatemala, y recientemente le extendimos una invitación al Fiscal de la Corte y al Presidente de la Asamblea de los Estados Parte para que nos visiten este año. En definitiva, estamos trabajando activamente para lograr la aprobación del Poder Legislativo y así estar en condiciones de ratificar nuestra adhesión a la Corte.”

Lo interesante de este discurso, es que sirve de comprobación histórica de la suscripción del Estatuto, y el desarrollo de las actuaciones para adhesión, pues coincide con los datos preliminares expuestos en este trabajo. Guatemala manifiesta interés en adherirse al Estatuto de Roma, sin embargo esperamos que así sea, o que primero se apruebe el Acuerdo suscrito con Estados Unidos de Norteamérica relativo a la entrega de personas a los tribunales internacionales.

10. VISITA A GUATEMALA DEL FISCAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

“Por invitación del Gobierno de Guatemala, el Presidente de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el Embajador Christian Wenaweser, y el Fiscal de la Corte, el Sr. Luis Moreno-Ocampo, efectuaron una visita los días 19 y 20 de agosto. El propósito de la visita fue el proporcionar mayor información a diferentes instituciones del Estado y otros sectores de la sociedad guatemalteca sobre las actividades de la Corte Penal Internacional y las condiciones bajo las cuales la Corte ejerce su competencia, a más de responder a interrogantes sobre las ventajas que podría acarrear la adhesión de Guatemala a este tratado internacional”. (www.icc.cpi)

11. CONCLUSIONES

1. Con la investigación de campo se comprobó la primera hipótesis “Guatemala no es parte de Estatuto de Roma, porque celebro un Acuerdo con el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica de no llevar a norteamericanos a tribunales internacionales. Ya no fue necesario investigar la segunda hipótesis.
2. Aunque Guatemala se adhiera al Estatuto de Roma, en virtud del artículo 98.2 del Estatuto, para entregar a norteamericanos a la Corte, Guatemala tendrá que tener el consentimiento de los Estados Unidos de Norteamérica.
3. En la Conferencia de Kampala, Guatemala mostró interés en adherirse al tratado, pero es un discurso político, por la suscripción del Acuerdo celebrado con los Estados Unidos de Norteamérica. Sin embargo, el Congreso de la República tendrá que aprobar una, o las dos iniciativas, la adhesión al Estatuto, o el Acuerdo con Estados Unidos. Mientras tanto están engavetadas en el Congreso de la República desde el año 2005.

BIBLIOGRAFÍA

1. Ambos Kai. **La Nueva Justicia Penal Internacional.** Fundación Mirna Mack. Guatemala 2000.
2. Polo Gálvez, Luís Felipe. **Proceso Constitucional para la ratificación del Estatuto Penal de Roma en Latinoamérica.**
3. Rodríguez, Ana Cristina. **Misión Permanente de Guatemala ante la Organización de Naciones Unidas.** Guatemalaun.org/discursos.cfm
4. Salas Morales, Elisa Araceli. **Tesis “La importancia de la implementación de las disposiciones del Estatuto de Roma al sistema guatemalteco, con el fin de cooperar con la Corte Penal Internacional en castigar a personas que han cometido crímenes graves de trascendencia internacional.”** Escuela de Ciencia Política, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. 2007.

INTERNET

1. Choike.org
2. es.wikipedia.org/Corte Penal Internacional
3. www.amnesty.org/es/
4. www.icc.cpi

LEYES

1. Constitución Política de la República de Guatemala
2. Estatuto de la Corte Penal Internacional

INICIATIVA DE LEY

1. Iniciativa de Ley 3274 que contiene Acuerdo entre el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica y el gobierno de Guatemala, relativo a la entrega de personas a los tribunales internacionales.

ABREVIATURAS

CPI = Corte Penal Internacional
CPRG = Constitución Política de la República de Guatemala



REFORMA A LA JUSTICIA INTERAMERICANA

REFORMAS A LA JUSTICIA INTERAMERICANA

Lic. Otto Haroldo Ramirez Vásquez
(Defensor Interamericano)

Con la entrada en vigencia de los nuevos reglamentos¹ de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Honorable Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha ampliado la participación de las personas que tienen incidencia en la justicia internacional interamericana. Esta etapa se ha traducido en un proceso de consultas que se ha llevado a cabo mediante la convocatoria de todas las personas e instituciones interesadas en participar, valiéndose la Corte para ello de distintos medios de información y mecanismos al alcance de todos. Tiene particular relevancia en esta etapa el dialogo y coordinación que se ha llevado a cabo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En aras de consolidar el fortalecimiento del Sistema y con el principal objetivo de hacer frente a los nuevos retos que se presenten, la Corte y la Comisión emprendieron una serie de reuniones y diálogos que complementaron y reforzaron la comunicación entre los diferentes actores participantes y el propio Tribunal.²

Prueba de ello ha sido la creación de la figura del defensor interamericano que en el artículo 2 numeral 11, del reglamento de la Corte, refiere que la expresión “**Defensor Interamericano**” significa la persona que designe la Corte para que asuma la representación legal de una presunta víctima que no ha designado un defensor por sí misma; es decir que le da mas representatividad tanto a la presunta víctima, como al jurista internacional en materia de defensa y aunado a ello que las partes podrán interrogar directamente a los medios de prueba que se presenten ante la

¹ Que fue aprobado en LXXXII Periodo ordinario de sesiones celebrado del 19 al 31 de enero de 2009.

² Comunicado de la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pablo Saavedra Alessandri. Secretario. San José, Costa Rica. 10 de diciembre de 2009.

Corte en los distintos juicios y presentar la teoría del caso; de ahí que el relacionado reglamento indica que en los casos en que la presunta víctima no tenga representación legal acreditada la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, designará un defensor interamericano de oficio para que las represente, indudablemente que es algo novedoso pues eso solo significa que nadie se quedará sin defensa, toda persona que alegue violaciones a sus derechos fundamentales y que no tenga un jurista particular que lo represente, lo tendrá por designación de la Honorable Corte. Se ha creado un fondo de asistencia legal, con el cual se podrá completar la labor del defensor interamericano.

Las funciones del defensor son variadas y muy importantes indudablemente, pero las más importantes serán que podrá tener contacto directo con todos los medios de prueba que se propongan por las partes y en ese contexto el contacto con las presuntas víctimas que reclamen los derechos violados. Pues la intervención del defensor conlleva poder lograr que el Estado sea declarado internacionalmente responsable por las violaciones a derechos fundamentales y que en consecuencia, se le ordene cumplir ciertas obligaciones a favor de esas presuntas víctimas, estas por cierto en su intervención de conformidad con el artículo 51.5 del reglamento de la Corte IDH no prestarán juramento, únicamente se verificará su identidad, esa es otra función que tiene el defensor, en cuanto a la protección de los derechos de su cliente en el sistema interamericano. Ciertamente el trabajo del defensor interamericano es muy variado, pues en su función de representante de las presuntas víctimas por disposición de la Corte³ deberá entrevistarse con las presuntas víctimas, realizar las reuniones de trabajo que se requieran para en primer lugar verificar si antes de acudir a la vía contenciosa, puede llegarse a soluciones amistosas, pero sobre todo velar porque se cumplan los principios por los cuales fue fundado el sistema interamericano de protección de derechos humanos; para el efecto traigo a colación lo que indica García Ramírez⁴, "...Es relevante establecer el

³ "Corte" Significa Corte Interamericana de Derechos Humanos; "Comisión" significa Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁴ García Ramírez, Sergio. Juez de la Corte. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en materia de reparaciones. 1979-2004. Pág. 22. Caso Mirna Mack. Voto Concurrente.

concepto de víctima de la violación de un derecho. Se suele identificar a la víctima directa como el titular del derecho...el lesionado del que hablan los instrumentos internacionales. La víctima indirecta, una noción menos segura, es quien sufre perjuicio de manera refleja o derivada del que padeció la víctima directa...”.

Para el ejercicio de esas funciones es importante consultar la Guía para defensores y defensoras de derechos humanos⁵, pues nos refiere en que consiste la vía contenciosa en el sistema interamericano, los alcances de la denuncia, presentación de la petición inicial y sus formas, un formato con el contenido y documentación que puede presentarse en la petición inicial, el trámite que debe seguirse ante la comisión, el procedimiento de solución amistosa, las audiencias y reuniones de trabajo, los informes de seguimiento, la forma de intervención de terceros en el litigio, las formas de las reparaciones y lo relativo a las medidas cautelares, provisionales y la supervisión del cumplimiento de las Resoluciones de la Corte y Comisión interamericanas de derechos humanos.

Los defensores interamericanos estarán en constante capacitación habiéndose programado las mismas en la sede de la Corte, en donde asistirán los defensores interamericanos de Guatemala⁶, la primera a la que han sido convocados los defensores guatemaltecos y de otros países; se programó para los días del 22 al 28 de agosto de 2010, en San José Costa Rica, en donde se capacitará [el] grupo de Defensores Interamericanos de AIDEF que intervendrá en los casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷.

⁵ Es un documento elaborado por CEJIL –Centro por la Justicia y el Derecho Internacional- en el cual se establecen varios lineamientos que pueden serle de utilidad al defensor en esa instancia, que son de suma importancia pues CEJIL es una institución de mucha experiencia en el tema.

⁶ Nydia Lissette Arevalo Flores de Corzantes y su servidor Otto Haroldo Ramírez Vásquez.

⁷ Información que me fue proporcionada por Javier Lancestremere Área Técnica - Secretaría Privada Defensoría General de la Nación Av. Callao 970, 6° piso Ciudad de Buenos Aires, Argentina y Yuria Saavedra, abogada de la Corte.

Respecto de las expectativas que se tienen con la postulación y aceptación de los defensores públicos interamericanos de Guatemala, es importante señalar que entre los compromisos que se han adquirido es la de servir de multiplicadores entre los defensores públicos guatemaltecos, de los conocimientos adquiridos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y de los que se adquieran posteriormente también en la Comisión, pues los objetivos del grupo y las instituciones respectivas es que se tenga la experiencia del trabajo ante la Comisión, pero un trabajo no solo de consulta y experiencia académica y doctrinaria, o de revisión de expedientes, sino una experiencia directa, pues para eso la Asociación Interamericana de Defensores Públicos, está en pláticas con la Comisión, a efecto de que se logre ese objetivo y así entonces, tener de una manera mas clara y amplia el conocimiento de los pasos que se realizan en el trabajo de la Comisión, pues siempre será esta la encargada de presentar los casos a la Corte, de conformidad con la normativa internacional vigente.

Siempre con respecto a la presentación, diligenciamiento y valoración de la prueba, en el sistema interamericano es permitida cualquier forma de probar la existencia de la pretensión que se alega; indudablemente que no de la forma en que se tramita en la legislación guatemalteca, pues por lo general la carga de probar le corresponderá al peticionario, amenos que se presente una circunstancia excepcional que revierta la carga de la prueba y se le atribuya al Estado demandado. Por ejemplo, tratándose privaciones a la libertad, la carga de la prueba se revierte si la presunta víctima estuvo bajo custodia de las autoridades el momento en que ocurrió la violencia de derechos humanos o bien cuanto el peticionario le sea imposible obtener las pruebas sin la cooperación del Estado (para el efecto véase el caso Villagrán Morales y otros –niños de la calle Vs. Guatemala-. O el caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. De ahí que se pueden ofrecer como prueba en el procedimiento ante la corte por ejemplo declaraciones personalmente o affidavit, videos, recortes de periódicos, copias fotostáticas de documentos, copias de los expedientes completos de cada uno de los procedimientos o recursos internos, ya sean de tipo administrativo o judicial, copias de cintas de audio o de video grabadas durante investigaciones de campo o entrevistas, reportes de las investigaciones de campo, si las

hubiere; recortes de revistas o de prensa con la cobertura de violación de derechos humanos de que se trate, informes que se refieran al a violación de los derechos humanos de que se trate y que provengan de organizaciones estatales y no gubernamentales, nacionales y extranjeras, u otros organismos especializados en derechos humanos, copias de las leyes que se han violado en el derecho interno para que la corte tenga una panorámica de esos aspectos, sin necesidad que se cumplan los pasos consulares, como sucede en el derecho interno. Pues lo que la Corte evaluará no será si se ha cometido delito alguno en el Estado parte denunciado, sino si ha habido violación al Derecho Humano. Con respecto a la forma de valoración de la prueba existe mucha jurisprudencia de la Corte sobre el particular, pero estimo prudente traer a colación entre otros, el Caso de los Hermanos Gómez Poquiyauri Vs. Perú, o el caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala; en el cual la Corte ha considerado "...El sistema procesal es un medio para realizar la justicia y esta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades... sin que por ello deje la Corte de cuidar la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes... Este proceso, por ser tramitado ante un tribunal internacional, y por referirse a violaciones a los derechos humanos, tiene un carácter mas flexible e informal que el seguido ante las autoridades internas...".

"Otras novedades introducidas por el Reglamento [de la Corte] son las referidas a: la posibilidad de nombrar a varios intervinientes comunes en los casos de múltiples representantes de las presuntas victimas o sus familiares; la eventualidad, en los referidos casos, de determinar plazos distintos a los establecidos en el reglamento para la contestación del Estado, así como los plazos de participación del Estado y de las presuntas victimas o sus representantes en las audiencias publicas; también, con miras a facilitar la comunicación entre la corte y los distintos actores que se presentan ante ella y a agilizar los procedimientos, el uso de las nuevas tecnologías en diferentes tramites ante el Tribunal; la especificación de los elementos que deben contener los escritos... la posibilidad de formular preguntas por escrito a los declarantes ofrecidos por la contraparte media affidavit⁸, ...se

⁸ Declaración rendida ante fedatario publico. Art. 46.1. del Reglamento de la Corte.

amplió la protección de personas que comparecen ante la Corte...la posibilidad de que el Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, rectifique en las sentencias o resoluciones los errores notorios, de edición o calculo, la solicitud de medidas provisionales en el marco de casos contencioso en conocimiento de la Corte; y el sometimiento de casos por los estados”.

Estas son algunas notas que puedo referir respecto de las reformas fundamentales que se han dado en el marco de la Justicia Internacional americana sobre Derechos Humanos.

Por ultimo estimo prudente indicar un pensamiento: los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, no constituyen solo una herramienta para demandar al Estado ante una violación a sus derechos fundamentales; constituyen un reconocimiento que se hace el propio ser humano, solo por el hecho de serlo.

BIBLIOGRAFÍA

**Convención Americana Sobre
Derechos Humanos.**

(pacto de San José). 1969.

**Reglamento de la Comisión Interamericana
de Derechos Humanos.**

2009.

García Ramírez, Sergio.
Juez de la Corte.

**La Jurisprudencia de la Corte
Interamericana de Derechos Humanos, en
materia de reparaciones. 1979-2004.**

**Guía para defensores y defensoras de
Derechos Humanos.** CEJIL –Centro por la
Justicia y el Derecho Internacional. 1^a.
Reimpresión. 2007. San José, Costa Rica.

**Noticias y comunicados varios de la Corte
Interamericana de Derechos Humanos.**

IDPP IDPP IDPP IDPP IDPP IDPP IDPP IDPP
IDPP IDPP IDPP IDPP IDPP IDPP IDPP IDPP
IDPP IDPP IDPP IDPP IDPP IDPP IDPP IDPP
IDPP IDPP IDPP IDPP IDPP IDPP IDPP IDPP



Instituto de la Defensa Pública Penal
7a. Avenida 10-35, Zona 1
Ciudad Guatemala
Tel. PBX: 22 77 72 00
www.idpp.gob.gt

LFH/IDPP11