

10



INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL

REVISTA DEL DEFENSOR



Los criterios que sustentan los artículos, son de exclusiva responsabilidad de los autores. Los artículos publicados pueden reproducirse total o parcialmente, siempre que se indique que han sido tomados de la *Revista del Defensor*



I D P P

Instituto de la Defensa Pública Penal

Índice

	Página
1. Métodos de búsqueda en la escena del crimen y su control por parte del defensor M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes	9
2. El control de convencionalidad y su aplicación obligatoria por los jueces y tribunales guatemaltecos M.A. Samuel Villalta Aguilar	23
3. La tendencia del derecho penal de riesgo y su riesgo M.A. Hugo Roberto Saavedra	39
4. El rol de la defensa pública en el desarrollo y ejecución de la política criminal del estado M.A. Hans Aaron Noriega Salazar	51
5. El abogado digital M.A. Sara Marisol Mejía Alburez	67
6. El liderazgo del defensor público en su ambiente jurídico M. Sc. María Eugenia Sandoval M. de Paz	79
7. Delitos de peligro abstracto como forma de adelantamiento de la culpabilidad Dr. José Gustavo Girón Palles	91
8. La observancia de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas de Guatemala como derecho fundamental garantizado en igualdad de condiciones con el sistema jurídico oficial Licda. Lesbia Marleny Sis Chén	111

9. Conflictos de legalidad que surgen de los juzgamientos del derecho indígena consuetudinario a la luz de la normativa del derecho nacional guatemalteco 131
Lic. Marco Antonio Puga Castellanos
10. Delito de enriquecimiento ilícito, la legitimación del ejercicio de la defensa pública penal en el procedimiento de antejuicio y el proceso penal que se instruye en contra del funcionario público 141
Lic. Rigoberto Vargas
11. Los pacientes del Hospital Federico Mora 157
Dra. Gloria Edith Ochoa Zetino
12. El principio de legitimidad como elemento integrante de la ideología de la defensa social 177
M.A. Luis Enrique Quiñonez Zeta
13. La carrera del defensor público 193
M.A. Raúl René Robles de León
14. Planteamiento de incidentes en la etapa de juicio, en el proceso penal guatemalteco 221
Licda. Oddet Benony Orozco Sánchez

EDITORIAL

El Instituto de la Defensa Pública Penal, se complace en presentar la décima publicación anual de “La Revista del Defensor”.

Sin duda, esta revista, ha logrado abrirse un espacio en el ámbito jurídico guatemalteco, y se ha reafirmado como instrumento de aprendizaje permanente, de actualización, capacitación, formación, para Funcionarios del Sector Justicia así como estudiosos y académicos. Son diez años de fructífero esfuerzo sostenido y de fecunda producción de artículos innovadores y de calidad, los cuales, han sido leídos por infinidad de abogados y personas relacionadas con el contexto jurídico, e institucional.

Hay una palabra de reconocimiento y agradecimiento para los distinguidos colaboradores, quienes han aportado su talento y tiempo sin esperar retribución alguna, para brindarnos artículos excelentes que han contribuido a

que esta revista sea reconocida y citada, tanto a nivel nacional como internacional.

En esta ocasión como en las anteriores, se ha hecho una selección profunda para presentarles artículos que impacten a los finos lectores. Se incluye: “Delitos de Peligro abstracto como forma de adelantamiento de la Culpabilidad”, escrito por Dr. José Gustavo Girón Palles, “Abogados Digitales”, artículo escrito por la M.A. Sara Marisol Mejía Alburez, Además, los invitamos a reflexionar acerca de “El liderazgo del defensor público en su ambiente jurídico”, escrito por la M.Sc. María Eugenia Sandoval de Paz, también “Métodos de búsqueda en la escena del crimen y su control por parte del defensor” escrito por el M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes, así mismo “Los pacientes del Hospital Federico Mora” escrito por la Dra. Gloria Edith Ochoa Zetino de la misma forma “La Tendencia del Derecho Penal de riesgo y su

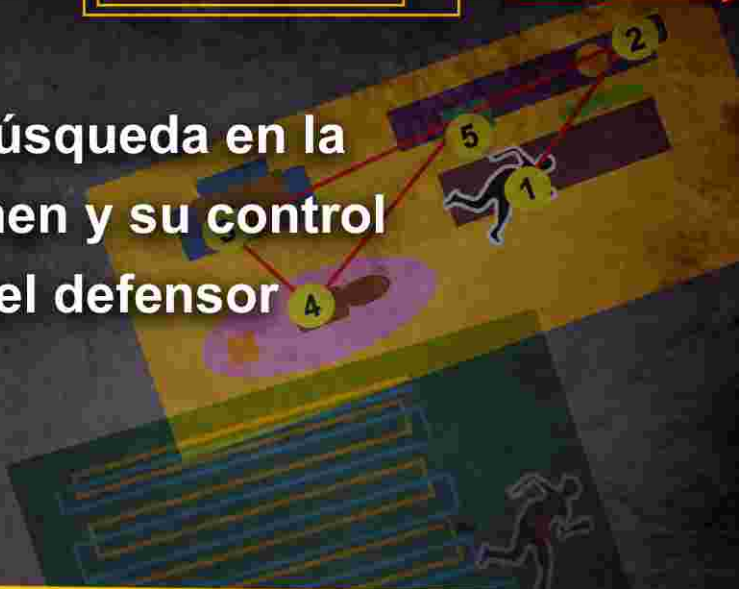
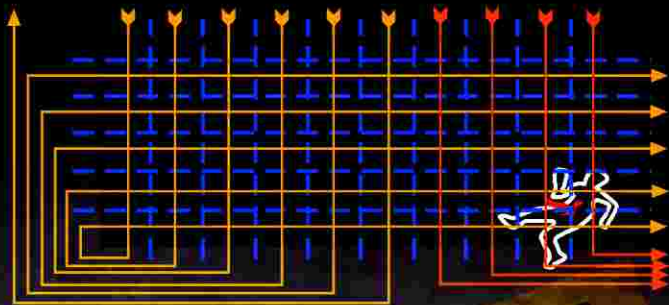
riesgo” escrito por el M.A. Hugo Roberto Saavedra y otros artículos de singular importancia para el abogado en general y el defensor público en especial.

Brindamos pues un aporte doctrinario como fuente de consulta al Abogado y al Académico, en el entendido que todos somos aprendices, y que partiendo del concepto del Aprendizaje Permanente, nunca, dejaremos de aprender.

Los criterios que sustentan los artículos, son de exclusiva responsabilidad de los autores. Los artículos publicados pueden reproducirse total o parcialmente, siempre que se indique que han sido tomados de la *Revista del Defensor*.

**Métodos de búsqueda en la
escena del crimen y su control
por parte del defensor**

ESCENA DEL CRIMEN ESCENA DEL CRIMEN ESCENA DEL CRIMEN



3

Métodos de búsqueda en la escena del crimen y su control por parte del Defensor

M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes

Todo operador jurídico penal, Juez, Fiscal o Abogado Defensor, dentro del ámbito de su formación debe conocer aspectos relevantes de la escena del crimen, para juzgar, acusar o defender en forma atinada, garantizando el acceso a la justicia, como parte de la tutela judicial efectiva. Por lo tanto el tema de la escena del crimen no sólo le incumbe a Fiscalía como equívocamente se podría pensar. Sabido es que en el proceso penal, el Ministerio Público tiene la carga de la prueba y por ende la responsabilidad primaria de conocer la manera, desde su ubicación, protección, aislamiento y registro, hasta los procedimientos idóneos para recoger y preservar los indicios que se encuentren en la misma. La recopilación y preservación de dichos indicios es necesaria para su uso ulterior en la investigación criminal.

En el presente artículo se abordará la escena del crimen convencional, ya que actualmente

derivado del expansionismo del derecho penal, existen una serie de delitos que al investigar se crea un escenario criminal un tanto diferente, por ejemplo, en los delitos cibernéticos y los cometidos utilizando como medios las redes sociales y vías telefónicas. Sin embargo, cabe aclarar que la escena del crimen es única, lo que cambia serán los instrumentos y la forma para cometer el hecho, verbigracia los delitos cometidos por la delincuencia organizada.

1. La escena del crimen

Constitucionalmente la investigación penal, le corresponde al Ministerio Público, regulado en el artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Sin embargo con el mismo rango se encuentra regulado el derecho de defensa en el artículo 12 constitucional. Por lo que a la par de la persecución penal, existe el derecho a que tiene acceso la persona sindicada de cometer un

hecho criminal. Por lo que el abogado defensor deberá hacer efectivo el derecho de defensa refutando la información inconsistente obtenida en la escena del crimen.

En el artículo 309 del Código Procesal Penal de Guatemala, se encuentra regulado que “En la investigación de la verdad el Ministerio Público deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho”

La investigación a que se refiere el artículo 309 en muchos de los casos se inicia en la escena del crimen.

Por lo que la escena del crimen es el lugar donde se produce un hecho criminal sujeto a investigación, incluyendo los accesos, zonas aledañas así como las vías de escape. El artículo 20 del código penal se refiere a la escena del crimen de la siguiente forma: “El delito se considera realizado: en el lugar donde se ejecutó la acción, en todo o en parte; en el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado y en los delitos de omisión, en el lugar donde debió cumplirse la acción omitida”.

La escena del crimen constituye la principal fuente de indicios en la resolución de un caso. Para esto es necesario tener cuidado en la protección adecuada de los mismos -los indicios-, ya que con mucha facilidad podrían contaminarse con la presencia de cualquier persona o por causas naturales y producirse la pérdida de ellos; o el desplazamiento innecesario de objetos que constituyen indicios físicos, ya que la falta de cualquiera de éstos puede causar un rendimiento inútil en la investigación del hecho criminal.

1.1 Dimensiones de una Escena del Crimen.

Lo ideal sería que se contara en Guatemala con un código de evidencias, elevando a categoría de norma ordinaria, sin embargo es de aclarar que el Ministerio Público, tiene regulado en el Acuerdo número 166-2013 el Manual de normas y procedimientos para el procesamiento de la escena del crimen, el cual define las normas generales de coordinación, responsabilidades y procedimientos de trabajo aplicables al procesamiento de escenas del crimen de diversas naturaleza. Por

cultura jurídica es aconsejable conocer las dimensiones de la Escena del Crimen. Los mejores indicios son los que se encuentran en o cerca del lugar de la acción más importante emprendida por el criminal contra la víctima. En ese sentido, es más probable que se encuentren indicios importantes en la zona inmediata al cuerpo de la víctima que en una zona distante en el caso de un asesinato. De la misma manera, la entrada forzada a un lugar, trabajada adecuadamente posee normalmente el potencial más grande para producir evidencias.

Las dimensiones de una escena criminal podrán ser grandes o pequeñas, así como la extensión a proteger todo esto dependerá del tipo de delito y del criterio del Fiscal para determinar el área de la escena del crimen.

1.2 Acciones a seguir en la Escena del Crimen

El éxito de una investigación criminal se inicia en la propia escena del crimen, a partir de las observaciones y las actitudes preliminares realizadas por la primera autoridad que llega a la misma.

Para investigar un crimen debe seguirse un método definido y adecuado a las circunstancias especiales de cada caso.

1.3 El método de Búsqueda

El método de búsqueda, tal como lo describe el Manual de Normas y Procedimientos para la Escena del Crimen (2013:100) “es determinante para responder las preguntas básicas y encontrar los indicios de quien pudo cometer el ilícito”.

La búsqueda o rastreo debe ser debidamente planificada, organizada, ordenada y sistemática, ejecutada y coordinadamente, para no contaminar, alterar, perder indicios e información valiosa y no desperdiciar o duplicar esfuerzos.

El Manual referido (2013:100) dice: “No se confié en sólo darle un vistazo, observe con todos los sentidos (ver, oler, sentir y oír) sea crítico, visualice que sucedió, forme hipótesis, visualice a la derecha a la izquierda, de abajo hacia arriba, dividir por áreas, segmentos, paredes, piso, techo, gradas y otros”

Según Carlos Rodas (1997:17) “El método de búsqueda de los indicios, que se hace en la escena del crimen, no es más que la técnica que usará el Fiscal a la víctima, rastros huellas y los objetos que pudieran tener relación en la comisión del hecho criminal”

El o los métodos de búsqueda de los indicios, será de acuerdo al terreno, al tipo de hecho criminal, a la cantidad de personal y a la cantidad de evidencias.

Para lograr el objetivo en la escena del crimen se debe contar con un método adecuado de registro y ubicación de los indicios.

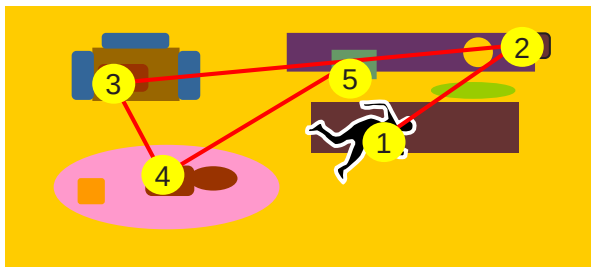
Principiaremos con el método o sistema más usado, que es el Método de punto a punto.

1.3.1. Método de punto a punto

Este método se recomienda para una escena del crimen con una dimensión pequeña o bien de una habitación sin muchos objetos. Para Carlos Rodas (1997:18) “Consiste en desplazarse de un objeto a otro sin ningún orden establecido, sino

como lo considere el Fiscal o investigador”. La desventaja de este sistema o método, es que no existe un plan geométricamente organizado, por lo tanto podría dar problemas al efectuar el croquis o mapa, sobre todo provocaría dificultad en el momento de la reconstrucción, por el aparente desorden en la ubicación de los indicios.

Se puede advertir que este método es el menos técnico y también el menos recomendable, debido a que no sigue un orden establecido.



Fuente: Apuntes de la escena del crimen.
Rodas, Carlos (1997)

1.3.2 Método Espiral o Circular

Para el jurista Carlos Rodas (1997:19) “Este método consiste en organizar la escena del crimen desde un punto de partida seleccionado por el Fiscal, el investigador técnico”.

Por ejemplo si hubiere una víctima de homicidio o asesinato, se podría establecer en la víctima el punto de referencia y principiarse de ahí mismo a circular alrededor de ella e ir marcando los indicios que se van encontrando en su recorrido, hasta llegar a la salida del ambiente.

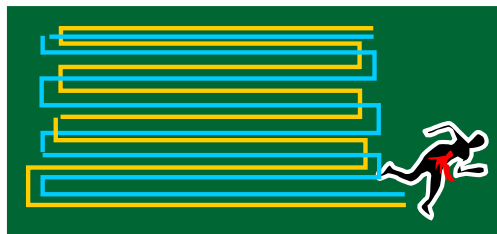
La otra forma de este mismo método es partir de un punto de referencia fijo, que podría ser una ventana, una puerta o bien el primer indicio que se haya localizado. Es decir ir estrechando cada vez más el círculo hasta llegar a la víctima o evidencia más importante.



1.3.3 Método de Búsqueda por Franjas

Este método es el que más se recomienda para cubrir áreas muy amplias o espacios abiertos, según lo expresado por Carlos Rodas (1097: 20).

Todo dependerá también de la cantidad de personas que intervengan. Se tendrá que hacer un recorrido de toda la superficie y al momento de encontrar algún indicio se llama al jefe del grupo para que lo señalice y anote adecuadamente el indicio antes de recolectarlo. Este procedimiento o método es recomendado cuando, por ejemplo, se tiene la sospecha o la información que desde pleno vuelo una avioneta ha dejado caer alguna droga como cocaína, u otro indicio, o bien cuando se le ha dado persecución a un ladrón y ha dejado tirado los objetos robados en un campo abierto, en la calle por donde pasó corriendo o desde un vehículo en marcha.



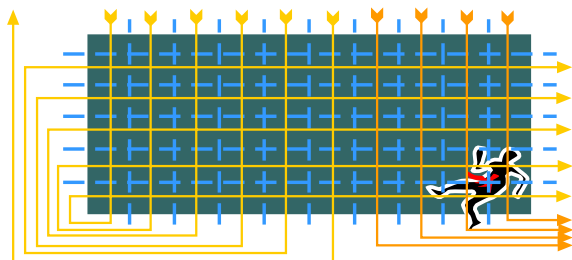
Fuente: Apuntes de la escena del crimen.
Rodas, Carlos (1997)

1.3.4 Método de Cuadrícula o de Rejilla

Este sistema es una doble búsqueda que se hace en la escena

del crimen. Según Carlos Rodas (1997:21) “consiste en cuadricular imaginariamente el área de búsqueda. Primero se hace en forma horizontal y luego en forma vertical, logrando con ello una mejor cobertura al área”.

Este método permite repasar los lugares que ya fueron analizados, con lo que se eliminan las posibilidades de dejar indicios sin identificar ni recolectar.



Fuente: Apuntes de la escena del crimen.
Rodas, Carlos (1997)

1.3.5 Método de zonas o sectores

Con este método, se necesita dividir el área de la escena del crimen en zonas o sectores. Podría utilizarse cantidad de personal para buscar en cada zona asignada en forma simultánea, o bien un solo investigador lo podría

hacer zona por zona. Cuando sean varias personas, no se moverá ningún indicio; lo que se hará, es notificar al encargado de la búsqueda para asegurar el indicio antes de proceder a trabajar.

La forma de proceder será la siguiente: primero se marcarán las zonas más cercanas o continuas al indicio principal que podría ser el cuerpo de la víctima; segundo se marcan las zonas periferias, y el tercero las áreas que se encuentran más alejadas.

Una de las desventajas de este método es la cantidad de personal calificado que se necesita para ejecutar dicho trabajo.

1.3.6 Método en forma de Rueda

Este método es similar al de zonas o sectores, con la diferencia que se utiliza cuando se considere que el área tiene forma circular. En este caso las zonas o sectores se marcarán imaginariamente en forma circular partiendo del centro del indicio principal.

Cualquier método que se utilice será positivo, si se trabaja profesionalmente, y con los instrumentos o equipo necesarios.

Se deberá de trabajar con prioridad aquellos indicios que por su naturaleza tiendan a transformarse o destruirse, pues la responsabilidad de quien dirige la búsqueda es no sólo el buscar y encontrar, sino también el de mantener la integridad y forma original de los indicios.

1.3.7 Planimetría

La planimetría es una adaptación especial que se hace de la topografía de la escena del crimen. Consiste esencialmente en la ubicación gráfica del o de los lugares donde se llevaron a cabo los hechos delictivos.

El objetivo de la Planimetría es la presentación gráfica de un lugar determinado donde tuvieron lugar hechos que trascendieron el ámbito jurídico penal. Para esto, se representan gráficamente los objetos encontrados en la escena del crimen, que ayudarán en la reconstrucción de hechos, además, reflejarán la versión no verbal de lo ahí sucedido.

- Levantado de Planos

En toda investigación que se realice sobre un crimen, como primer paso fundamental, es presentarse personalmente a la escena del crimen. Como segundo paso está el levantado de un plano de ubicación. Ambos pasos son necesarios para ubicar al Fiscal y al Investigador al momento de iniciar la investigación criminal.

- ¿Qué es lo que debemos incluir en el plano?

La investigación la iniciaremos haciendo un bosquejo del lugar, en forma de croquis, en el cual indicaremos el norte del mismo. Dentro del dibujo lo que debe de ir principalmente es la ubicación de la víctima y a su alrededor girarán todos los indicios que hayan quedado en la escena del crimen. Todo ello se ilustrará métricamente, esto quiere decir que se tomarán medidas de la víctima hacia un indicio, de la víctima hacia puntos de referencia, así sucesivamente con todos los objetos encontrados en el lugar haciendo triangulaciones.

Dentro del dibujo se establecerán puntos métricamente

referenciales hacia las distancias entre la víctima y las puertas y ventanas, indicando según la hipótesis la posible ruta seguida por el o los hechores, antes y después de la comisión del delito.

Además del dibujo, con la misma secuencia, se deben de tomar una serie de fotografías que coincidan con los puntos indicados en el dibujo, para que ambos medios se complementen y proporcionen una información completa y realista de la evidencia dentro de la escena del crimen.

2. Observación y Fijación del Lugar de los Hechos

Fijar el lugar de los hechos constituye uno de los puntos trascendentes en la investigación, ya que los materiales que podría encontrarse en la misma, pueden ser de vital importancia para la investigación del fiscal y determinar no sólo la comisión de un hecho calificado como delito, sino también para identificar al criminal. El fiscal debe dirigir la observación de la escena del crimen con determinación y con especial estado de alerta, a

efecto de que no se escape el mínimo detalle que se refiera a la investigación, pudiendo así llegar a conclusiones valederas respecto al hecho y a su autor. El lugar de los hechos contiene la mayor cantidad de indicios, por lo que la observación que se haga, es de vital importancia para la solución exitosa del caso.

2.1 Fijación

Dentro del escrupuloso trato que se le debe de proporcionar a la evidencia localizada en la escena del crimen, tenemos que mencionar su fijación en el lugar exacto donde fue localizada, documentando correctamente dicha actividad.

Una de las formas más usuales de fijar la evidencia dentro del área de la escena del crimen está en su ubicación. Para esto se coloca un numerito a la par de la evidencia que lo identifique. Luego se procede a tomar una serie de fotografías desde diferentes ángulos. También se procede a levantar un croquis de su ubicación dentro de la escena del crimen.

Con estos procedimientos estaremos fijando la evidencia para su posterior uso en el proceso. La

razón de fijar en su lugar la evidencia, es que permite cotejar y ubicar el testimonio de las personas que dicen haber observado el hecho, como también para apoyar o descartar informes de análisis realizados por peritos sobre la evidencia.

Los peritos o expertos únicamente informarán del resultado de lo observado o cotejado con la evidencia, jamás darán información sobre su ubicación en la escena del crimen. Podrán dar alguna opinión en cuanto a su posible ubicación pero lo que en realidad proporciona fuerza probatoria al presentarse la evidencia, sería su fijación.

3. La protección y conservación del lugar de los hechos

La protección del lugar de los hechos es vital porque impide la pérdida, destrucción o contaminación de los indicios. Evita también, seguir falsas pistas y garantiza que las evidencias sean admisibles ante el tribunal ya que se podrá probar su adecuada cadena de custodia. El lugar de los hechos se debe proteger fundamentalmente de los curiosos, la prensa, oficiales de policía y

terceros no conectados directamente con la investigación.

Se entiende por contaminación de la escena del crimen, toda actividad que pueda alterar, cambiar o destruir la forma original en que quedaron los indicios en el lugar de los hechos, inmediatamente después de haberse producido el delito. La evidencia podría contaminarse por acción natural ó provocada. Entre la natural está la lluvia, el sol, el aire, etc. Entre la provocada esta la acción de personas interesadas en desviar la atención del Fiscal y del investigador.

Es función primordial del Fiscal lograr que el lugar de los hechos no sea contaminado de manera alguna. Para protegerlo se pueden considerar los siguientes aspectos:

- a) Cuando el delito sucede en una habitación, esta se puede proteger, cerrando la apertura colocando a un agente de policía junto a ella. Se deben impartir instrucciones específicas como las siguientes: no abrir ventanas ni puertas, no usar el baño ni tirar objeto alguno en el piso, no tocar o

perturbar en modo alguno el lugar del crimen, hasta que haya sido completamente procesado por personal técnico. En ésta forma de protección debe considerarse únicamente el tiempo necesario para procesar la información. Para clausurar el área se deberá contar con la autorización de un Juez competente, de lo contrario podría el Fiscal incurrir en una ilegalidad.

- b) Los lugares exteriores son más difíciles de proteger. La mejor manera de hacerlo es circular la zona con cuerdas u otro material. Si no se pudiera aferrar o amarrar la cuerda, se puede colocar sobre el piso. Como ya se ha indicado es mejor delimitar una zona más grande de la que pueda contener los indicios necesarios y útiles para la investigación.

4. El abogado defensor y la escena del crimen

Dentro de un proceso penal, el defensor o la defensora desde

que se le asigna la defensa técnica de una persona, al diseñar la teoría del caso, como parte de su estrategia de defensa, deberían contemplar acciones tendientes a verificar en la escena del crimen.

En ese sentido conocer (visitar) el lugar de los hechos es vital, por que le permitirá contrastar la información que presenta el Ministerio Público, para los argumentos en una primera declaración, para una audiencia de etapa intermedia, y obviamente para un debate entre otras.

Cuando el defensor visita la escena del crimen, tiene la ventaja de que podrá hacer un adecuado interrogatorio o contrainterrogatorio según corresponda, se podrá hacer con certeza preguntas, por ejemplo a un testigo presencial sobre los puntos cardinales (norte, sur, este oeste) de su ubicación al observar lo sucedido. Sobre la iluminación, poblado o despoblado entre tantos aspectos.

Cuestionar sobre la correcta protección de la escena del crimen, es una acción determinante, derivado a que como mala práctica y con fines quizás distintos, quien

llega primero al lugar de los hechos, son los bomberos, luego la policía, y cuando llega el ente encargado de procesar la escena, la misma ya se encuentra contaminada, lo que hace que la investigación nace viciada y no refleja información objetiva. Por último buscar los vicios relacionados a la cadena de custodia que comienzan en la escena criminal, constituye una estrategia de defensa que será pertinente y eficaz, que se reflejará en un debido proceso.

Por último es recomendable utilizar medios audiovisuales como por ejemplo un plano de la escena del crimen, para poder hacer las preguntas a los peritos o testigos dentro de un debate, será entonces un medio para orientar a quien juzga.

El medio audiovisual referido resulta orientativo al momento de las conclusiones finales derivado a que los adultos (jueces, fiscales, defensores) somos visuales en la mayoría de asuntos, por lo que no es igual argumentar haciendo uso de un plano para referirnos a la escena del crimen que hacerlo sin él. Esto hará más persuasivo el argumento.

Referencias Bibliográficas

1. Agudelo Sanabria, Hugo Javier; Enciclopedia Criminalística, criminología e Investigación, primera edición, Colombia, 2010.
2. Fricke, Charles W; Investigación Criminal, Colombia, 1993
3. Rodas, Carlos: Apuntes de la Escena del Crimen, Unidad de Capacitación del Ministerio Público, 1997.
4. Investigaciones Criminales, Lección de Procesamiento de la Escena del Crimen, UNICAP, Ministerio Público de Guatemala, 1996.
5. Teoría del Caso, Instituto de la Defensa Pública Penal, segunda edición, 2013.
6. Manual de Normas y Procedimientos para el Procesamiento de la Escena del Crimen, Ministerio Público, Guatemala, 2013.

Normativa

- a) Constitución Política de la República de Guatemala.
- b) Código Procesal Penal de Guatemala.
- c) Ley Orgánica del Ministerio Público.



El control de convencionalidad y su aplicación obligatoria por los jueces y tribunales guatemaltecos



El control de convencionalidad y su aplicación obligatoria por los jueces y tribunales guatemaltecos

M.A. Samuel Villalta Aguilar

La teoría del control de convencionalidad tiene su origen en el análisis, aplicación e interpretación que hacen los magistrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante la Corte IDH o simplemente la Corte, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante la Convención o la Convención Americana, y la obligatoria aplicación de la Convención y de los criterios de la Corte por los jueces y tribunales de los Estados Partes en la citada Convención.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos y Guatemala como Estado Parte

La Convención fue suscrita por los Estados plenipotenciarios que asistieron a la misma en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, como resultado de la voluntad colectiva de los representantes de los Estados, que

buscaban plasmar en un documento el respeto a los derechos humanos de las personas a nivel regional.

El Estado de Guatemala al igual que otros Estados democráticos de la región interamericana, no podía permanecer al margen de los convenios internacionales en materia de derechos humanos, en virtud que debe respetar y garantizar los citados derechos a sus nacionales y extranjeros dentro de su jurisdicción, sin distinción de ninguna índole, por lo que ratificó la Convención Americana.

El Estado de Guatemala ratificó la Convención Americana el 25 de mayo de 1978, pero es a partir del 11 de julio de 1978, que la Convención entra en vigor para los primeros 11 países que la ratificaron –artículo 74-, por lo que es un Estado parte de dicha Convención, habiendo reconocido la competencia contenciosa y consultiva de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, en adelante la Corte Interamericana, la Corte IDH o la Corte, a partir del 9 de marzo de 1987, por lo que el Estado al ser parte de la citada Convención y al haber reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH, debe cumplir las obligaciones asumidas de buena fe, de conformidad con lo que establece el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en adelante la Convención de Viena, (“pacta sunt servanda”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe).

Guatemala tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos, tanto de sus nacionales como de cualquier persona que se encuentre dentro del territorio de la República, según refiere el artículo 1 de la Convención Americana (OEA, 1969):

“1. Obligación de respetar los Derechos.” “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación

alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Al analizar el artículo recién citado queda claro el compromiso que asumió el Estado de Guatemala, al momento de ratificar la Convención Americana, con el respeto de los derechos humanos de las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, independientemente de cualquier índole, situación natural o propia de cualquier persona; y luego el numeral 2, complementa el artículo 1, el que regula:

“2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.” Con lo que no deja lugar a dudas que se refiere a cualquier persona sin ningún tipo de exclusión.

Luego el artículo 2 señala el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno, el cual regula:

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

A través del artículo 2 de la Convención Americana el Estado de Guatemala quedó obligado a adecuar su legislación nacional a la legislación internacional, con el objetivo de hacer efectivos los derechos que la Convención otorga a las personas de los Estados Parte, desde que ratificó la citada Convención.

Por otra parte la Convención de Viena en el artículo 27 se refiere al derecho interno y a la observancia de los tratados, donde preceptúa que: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46. (Convención de Viena)”

De conformidad con los artículos de la Convención Americana y de la Convención de Viena, el Estado de Guatemala, no puede alegar justificadamente que su normativa interna, por ser incoherente con la normativa internacional, le impide cumplir con sus obligaciones, o que no ha adecuado su normativa a la normativa convencional citada, ya que el Estado voluntaria y conscientemente ratificó ambas convenciones y es parte de las mismas.

La competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Para que una denuncia en contra de un Estado sea admitida ante la Corte IDH, es necesario que el Estado en cuestión sea parte de la Convención Americana, y que además haya reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH, en virtud, que de lo contrario, no podría proceder la Corte a conocer una denuncia en la cual el Estado no llene los requisitos citados.

La Convención Americana regula la forma en que se lleva a cabo el reconocimiento de la

competencia por parte de los Estados, según el artículo 62.1. “(...) declarar [el Estado Parte] que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención.”; y el 62.3 de la misma Convención regula que:

“La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.”

El Estado de Guatemala al haber ratificado la Convención Americana y al haber reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH, es parte de dicha Convención, y puede ser denunciado como violador de los derechos humanos, si no cumple con lo preceptuado en la Convención.

Artículos constitucionales relacionados con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, contiene normas que regulan la relación del ordenamiento interno con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tales normas armonizan dichos ordenamientos, y regulan la forma en que deben ser aplicados en favor de la persona humana, para evitar violaciones a los derechos humanos, siendo los artículos constitucionales siguientes:

- a) El 44 que preceptúa: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.” Por lo que la Constitución reconoce los derechos humanos que le asisten a la persona, aunque no consten expresamente en el texto constitucional, como lo podrían ser derechos humanos que se encuentren contenidos en instrumentos internacionales.

- b) El 46 que regula: “Se establece el principio general que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.”; Este artículo establece la preeminencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno, por lo que se debe aplicar dicho precepto constitucional en armonía con los demás de la Constitución.
- c) El 149 que regula: “Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos (...)”. La Corte de Constitucionalidad según es del criterio que “Por su parte el principio pacta sunt servanda que se encuentra contenido dentro de los principios del Derecho Internacional que reconoce el artículo 149 constitucional, se refiere a la obligación de cumplir lo pactado de buena fe”.
- Los artículos citados constituyen el fundamento constitucional del Derecho Internacional de Derechos Humanos y del sistema internacional de protección de los derechos humanos, y con tal fundamento los jueces y tribunales como garantes máximos de los derechos humanos en el Estado de Guatemala, se encuentran en la obligación de hacer, aparte de un control de constitucionalidad, un control de convencionalidad, para evitar que se violen derechos constitucionales, y derechos humanos contenidos en la Convención Americana.
- El control de convencionalidad
- El control de convencionalidad surge a partir de la sentencia emitida por la Corte Interamericana del 25 de noviembre de 2003, con voto razonado del connotado jurista mexicano Sergio García Ramírez, dentro del caso

Myrna Mack Chang versus Guatemala, según refiere García (2013, p. 71)

“(…) No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.” Pero (Carbonell Miguel, 2013) García (2013, p. 72) “vuelve sobre el tema en su voto concurrente razonado, emitido con ocasión de la sentencia del caso tibi vs. Ecuador, 7 de septiembre de 2004, párrafo tercero. En ese voto razonado sostiene que la Corte Interamericana

...se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Éstos examinan los actos impugnados –disposiciones de alcance general- a la luz de las normas, los principios y los

valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con las normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de los derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público –y eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entraña el Estado de derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la Convención fundadora de jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados parte en ejercicio de su soberanía”

Posteriormente la Corte IDH, se ha pronunciado con relación al control de convencionalidad, que deben ejercer oficiosamente los jueces en los fallos que dictan, de

conformidad con el párrafo 124 de la sentencia del 26 de septiembre de 2006, “caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, donde según mencionando a Sergio García, afirma que:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el

tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana (...)”. (p.72)

De la cita anterior resulta importante resaltar que el control de convencionalidad, no es una opción que tienen los jueces y tribunales de aplicar o no el derecho convencional de los derechos humanos en sus fallos, sino una verdadera obligación, cuando el Estado al que pertenecen es parte de la Convención Americana, y que además dicho Estado haya reconocido la competencia contenciosa y consultiva de la Corte IDH.

En la sentencia -caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile la Corte expresamente se consigna que los jueces y tribunales están sujetos al imperio de la ley, y obligados a aplicar la Convención Americana y la interpretación que de la misma ha realizado la Corte IDH, por lo que resulta ser una obligación jurisdiccional que no debe ser obviada.

La Corte IDH también ha dictado sentencias que citan

expresamente el control de convencionalidad, que deben observar los jueces y tribunales de los Estados Partes de la Convención Americana, por lo que a manera de ejemplo se cita la sentencia del 24 de noviembre de 2006, en el caso denominado: Trabajadores cesados del Congreso, Aguado Alfaro y otros contra Perú; y la sentencia del 12 de agosto de 2008, caso de Heliodoro Portugal contra Panamá, sentencias en las que la Corte IDH citó de manera expresa el control de convencionalidad.

Por otra parte la Corte en forma reiterada y en diferentes fallos ha mencionado el control de convencionalidad, que deben efectuar los jueces y tribunales en los fallos que dictan, para determinar que su normativa nacional no riña con la normativa internacional, ya que de no ser así, se podrían estar violando derechos humanos contenidos en convenios y tratados internacionales; y no se estaría dando cumplimiento al mandato constitucional del artículo 46, referente a la preeminencia que el derecho internacional en materia de derechos humanos tiene sobre el ordenamiento interno de Guatemala.

Pero recientemente la Corte IDH hizo referencia en el párrafo 282 de la sentencia de 24 de febrero de 2012 al control de convencionalidad, en el caso conocido como “Atala Rifo y niñas Vs. Chile” de la manera siguiente:

“282. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana.”

En el párrafo de la sentencia recién citada, expresamente se hace mención a la obligación que recae en los jueces y tribunales, para que oficiosamente lleven a cabo el control de convencionalidad. Control que

fue debidamente conceptualizado por la Corte IDH en la sentencia Atala Rizzo párrafo 282, en virtud que dicho concepto contiene los elementos del citado control.

Por otra parte con relación a la forma en que el Estado debe hacer la adecuación de la normativa interna a la normativa internacional, y de las materias del derecho en que se debe aplicar el control de convencionalidad, la Corte Interamericana dentro del caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá interpretó la adecuación de los preceptos locales de la manera siguiente:

“...implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la suspensión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías” Hitters (2009, p. 118)

Del párrafo anterior se puede inferir que el control de

convencionalidad se puede aplicar a cualquier caso de derecho público o derecho privado, ya que la Corte se refiere a normas y prácticas de cualquier naturaleza, por lo que no hace excepción de normas y casos en que se debe aplicar el control de convencionalidad.

Finalmente el control de convencionalidad viene a ser una herramienta imprescindible en manos de los jueces, para evitar que ingresen normas ordinarias al sistema normativo estatal, que contradigan normas de la Convención Americana. El control de convencionalidad permite garantizar los derechos humanos de las personas que acuden a los órganos jurisdiccionales, en búsqueda de una tutela judicial efectiva que garantice sus derechos humanos y así evitar violaciones a los mismos.

Consecuencias que conlleva la inaplicación del control de convencionalidad en los fallos dictados por jueces y tribunales nacionales

El no aplicar el control de convencionalidad, por parte de los jueces y tribunales, en los fallos que dictan, puede en principio, conllevar en determinados casos a violaciones de los derechos humanos, y a la presentación de denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado de Guatemala, del cual los jueces y tribunales forman parte y no pueden desatender los convenios internacionales ratificados por Guatemala en esa materia, sin que surja responsabilidad para el Estado.

Por otra parte el Estado, al ser declarado violador de los derechos humanos en un caso específico conlleva menoscabo, en virtud que ha quedado demostrado, que el Estado es incapaz de respetar y de garantizar los derechos humanos de sus habitantes y demás personas que se encuentren dentro de su territorio, y también conlleva una serie de reparaciones que debe cumplir con las víctimas de las violaciones a los derechos humanos que no tuteló.

Al no adecuar la legislación nacional y su aplicación a la Convención Americana y a otros tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado de Guatemala, los órganos jurisdiccionales podrían aplicar normas ordinarias que riñan con normas de convenios internacionales de derechos humanos en que el Estado de Guatemala es parte.

Los profesionales del derecho y el control de convencionalidad en el Estado de Guatemala

Los profesionales del derecho –aparte de los jueces– juegan un papel muy importante en el desempeño del control de convencionalidad, ya que en ellos recae la responsabilidad de exigir a los jueces y/o magistrados que apliquen el control de convencionalidad, tanto en el proceso jurisdiccional ordinario como en el procedimiento que se lleva a cabo para la aplicación de la justicia constitucional, por lo que los abogados están obligados a conocer el derecho constitucional y los derechos humanos; y velar porque se aplique la Convención Americana, y los criterios jurisprudenciales con

los que la Corte ha resuelto los casos que le han sido sometidos, todo en favor de sus patrocinados y de los intereses que defienden, ya sean abogados litigantes que ejercen la profesión liberal, que se trate de abogados de entidades estatales como la Defensa Pública Penal, de la Procuraduría General de la Nación, del Ministerio Público, y de otras dependencias, o de instituciones de derecho público o de derecho privado.

Toda la argumentación anterior se justifica, en virtud de la idoneidad, del conocimiento y el dominio que el abogado defensor debe tener del caso que defiende, como un profesional del derecho, en la defensa de los intereses de su patrocinado, no obstante que el control de convencionalidad debe ser aplicado por los jueces y magistrados, quienes no necesitarían que se les exija por parte de los abogados litigantes, que apliquen la Convención Americana y también los criterios jurisprudenciales con que han resuelto los magistrados de la Corte IDH los diferentes fallos.

En síntesis el Estado de Guatemala es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y al igual que todos los Estados que son parte de la Convención Americana está obligado a aplicar el control de convencionalidad en los procesos jurisdiccionales que conozca, para respetar y garantizar los derechos humanos de sus nacionales y demás habitantes dentro de su jurisdicción.

La aplicación del control de convencionalidad por los jueces y tribunales guatemaltecos permite la aplicación de las normas internas conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de los criterios con que ha resuelto la Corte Interamericana los distintos casos que ha conocido; y también minimiza la eventual posibilidad de que el Estado de Guatemala sea condenado como violador de los derechos humanos por la Corte IDH.

Cuando los jueces aplican de manera rigurosa el control de

constitucionalidad y el control de convencionalidad en sus resoluciones, se constituyen en garantes de los derechos humanos con base en el sistema internacional de protección de los derechos humanos.

Referencias Bibliográficas

- Hitters, J. C. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Estudios constitucionales, 118
- OEA, A. G. (22 de 11 de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica.

Referencias Normativas

- Sentencias 1477, 1478, 1488 y 1630-2010, 1477, 1478, 1488 y 1630-2010 (Corte de Constitucionalidad 2010).

Referencias Electrónicas

- Carbonell, M. (2009). juridicas.unam.mx. Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx>
- Carbonell, M. (2013). juridicas.unam.mx. Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx>
- García , S. (2013). juridicas.unam.mx. Obtenido de <http://www.biblio.juridicas.unam.mx>

La tendencia del derecho penal de riesgo y su riesgo



La tendencia del derecho penal de riesgo y su riesgo

M.A. Hugo Roberto Saavedra

Para el Defensor o Defensora pública, no es nada nuevo el hecho de que el juzgador deja en prisión preventiva a su defendido/a, no obstante de haber presentado, a través, de su argumentación jurídica una excelente estrategia de defensa, construida a lo interno de su teoría del caso, entonces estos escenarios nos plantean diversas interrogantes del ¿Por qué está tendencia retribucionista?, ya sea en la prisión preventiva o la imposición de altas penas de prisión (criterio in crescendo), precisamente esa interrogante es la que se tratará de responder y que justifique ese alto punitismo.

Nuestra actual sociedad, está permeada de infinidad de problemáticas, que provocan un clima de ingobernabilidad, inseguridad o vulnerabilidad, producto de diversos factores locales o externos, y para efectos de este artículo interesan los derivados de la presencia del crimen organizado transnacional, pero también existen

otros riesgos como el de nuevas tecnologías que vulneran medidas de seguridad informáticas o virus informáticos, la migración irregular y diversas conflictividades que tensan el tejido social, pérdidas de valores, desintegración familiar, etcétera, que generan diferentes riesgos para el ciudadano y Estado, por eso “Emerge la sociedad del riesgo (Die Risikogesellschaft) como un nuevo estadio de la modernidad en cuyo desarrollo no se reparten riquezas, sino riesgos. Surge un mapa indefinible entre los riesgos y los peligros, los cuales son asimilados bajo el mismo estándar de producción y potencial consecuencia dañina”. (Paladines, 2008). No es posible negar, la psicosis del miedo que ha invadido al ciudadano, que teme por su vida, por su integridad, por sus bienes, por su familia, a la misma delincuencia, y que vive en un toque de queda de hecho, pues regresa a su hogar lo más pronto posible en horas de la tarde-noche para ya no

salir, por el alto riesgo que representa, por su condición de vulnerable ante el peligro inminente que lo acecha, pero (Paladines, 2008) “Los riesgos no son un invento de la modernidad, existieron desde siempre. En la Edad Media también se engendró toda una cultura de inseguridad frente a diversas situaciones, como por ejemplo el padecer la Peste Negra, enfermedad por la cual millones de personas murieron en Europa.”

En todo caso, vivimos en una sociedad que exige seguridad a cualquier costo, que justifica la abolición de garantías y que empodera al Estado a partir de sus miedos. La dogmática penal hará precisamente ello, construir cada vez más sus categorías en el marco de un riesgo inevitable, del cual el sistema penal tendrá la misión de desconfiar más de la sociedad en detrimento del ser, somos potenciales armas peligrosas. Siendo así, el derecho penal de riesgo actúa como el núcleo asegurador de la sociedad, sin el cual aquella sencillamente desaparecería.

Uno de esos riesgos, quizá el más significativo en nuestro país es en materia delictiva ante lo cual se adopta una política criminal reactiva y retributiva, que implica cero tolerancias al fenómeno de la criminalidad, el cual se entiende como: “(...) conjunto de delitos y contravenciones cometidos en un tiempo y espacio determinados. El concepto de criminalidad que hemos empleado comprende tanto la delincuencia legalmente tipificada (delitos y contravenciones) como la que, sin estarlo, se aparta de las normas sociales establecidas y genera rechazo colectivo o institucional; es lo que hoy suele denominarse desviación. El estudio de la criminalidad – ampliamente entendida – ha de hacerse mediante la investigación de los fenómenos que permitan explicarla, cualquiera que sea su naturaleza y el papel que jueguen en su producción y desarrollo.” (Reyes, 1996). El mayor temor y riesgo de ser afectados en nuestros bienes jurídicos tutelados, se deriva de la delincuencia, sin duda, por ello cohabitamos en una sociedad del riesgo.

Esta visión de riesgo societario ha sido traspelado al Derecho penal, como una herramienta de control social formal de prima ratio, llamado a frenar ese ámbito convulsionado, incluso, algunos lo visualizan desde una postura moralista al concebir que el Derecho penal vencerá al mal, el cual está constituido por la criminalidad, por esta razón: “... en los últimos años el Derecho Penal está experimentando un fenómeno de crecimiento y endurecimiento que esta vez no es consecuencia de los desmanes de regímenes totalitarios, sino que, por el contrario, surge en muchas ocasiones de la voluntad política de dar respuesta a las reivindicaciones de la ciudadanía. En la actualidad, el Derecho Penal sustantivo está creciendo en los siguientes tres sentidos: primero, se está ampliando en general el ámbito de lo penalmente prohibido, introduciéndose nuevos tipos penales o ampliándose los ya existentes, segundo, se están endureciendo las penas clásicas o se plantea la introducción de nuevas sanciones; y tercero, están empezando a aparecer nuevas

instancias de reacción y aplicación del Derecho Penal. Se advierte una tendencia general a la reducción de garantías en aras de una mayor eficacia global en la persecución del delito”. (Wordpress, 2015). Sobre el Derecho penal se ha escrito ríos de tinta, analizándolo de diversas formas, pero lo que no es posible negar es que el mismo no puede solucionar conflictos con violencia.

La Defensora o defensor deben tener presente al momento de asumir el caso asignado, de la existencia de la premisa fundamente analizada, en el sentido de que estamos inmersos en una sociedad de riesgo criminal, en la que reina el miedo y es el Derecho penal de prognosis, el encargado de neutralizar el peligro, “pues el mismo es llamado por sectores del poder político para resolver cualquier conflicto penal, principalmente al combate del crimen organizado transnacional que financia al terrorismo, narcotráfico, trata de personas, de armas, etc.” (Shonfeld, 2010), entonces es invocado prima ratio para resolver el conflicto criminalizado con violencia.

Ese control social, es el encargado de definir al sujeto peligroso, al que observa con recelo, por ello para este Derecho penal de riesgo, todos representamos un riesgo y por ello todos somos peligrosos a los que se debe de controlar, en este sentido Antonio García- Pablos de Molina explica que: “ Los agentes del control social informal tratan de condicionar al individuo, de disciplinarle a través de un largo y sutil proceso que comienza en los núcleos primarios (familia) pasa por la escuela, la profesión y la instancia laboral y culmina con la obtención de su aptitud conformista, interiorizando el individuo pautas de conducta transmitidos y aprendidos (proceso de socialización). Cuando las instancias informales de control social fracasan entran en funcionamiento las instancias formales, que actúan de modo coercitivo e imponen sanciones cualitativamente distintas de las sanciones sociales.” (García y de Molina, 1996). Este control formal es el Derecho, y en particular el Derecho penal de riesgo, que sirve de instrumento controlador al Estado a través de crear figuras delictivas que reducen el radio de acción de

las libertades públicas del ciudadano sirviéndose además de una política criminal altamente retributiva para neutralizar la “Peligrosidad que es la probabilidad de que se produzca un resultado, en este caso la probabilidad de que se cometa en el futuro un delito por parte de una determinada persona” (Muñoz, 1996).

Ese estatus de riesgo, trasciende de forma espectacular en la criminalización primaria, pues el legislador en la configuración de los tipos penales de última generación, tiene presente el peligro latente, lo cual influye de tal forma que se aparta de los cánones del Derecho penal liberal, que considera que sólo acciones u omisiones que lesionen bienes jurídicos serán considerados como delito, plasmados en una ley penal anterior, por lo tanto se sustituye aquel principio de legalidad sustantivo por la existencia de delitos de riesgo, por ello criminaliza la inacción, la concertación o la participación, sin lesividad al bien jurídico o creando tipicidades abiertas, entonces todo conflicto social se resolverá con un tipo penal, es un legicentrismo penal, este es el primer paso de un Derecho de policía.

Esa misma tendencia opera en la criminalización secundaria, realizada por las agencias de seguridad –policía nacional civil- que se encuentran a la defensiva producto del “riesgo” que deben neutralizar a través de la fuerza preventiva y represiva, en tal sentido ingresan en un estado de psicosis ante la delincuencia, por lo que todos somos sospechosos y potenciales criminales en su imaginario, por lo tanto, el peligro futuro justifica las innumerables aprehensiones de ciertos estamentos rotulados de criminalidad organizada,(Cooper, 2005) “Así podemos comprender por qué la Teoría de la Rotulación da tanta importancia al rótulo o etiqueta que se nos impone desde el espejo social y en consecuencia, desde el control social. Ser calificado como un buen alumno, ser considerada una buena deportista, ser etiquetado como drogadicto, o ser insultado como ladrón(a), son rótulos que afectan nuestro autoconcepto.

Entre sus principales proposiciones teóricas encontramos: 1. Son los grupos de poder los que definen qué

conductas son normativas o no normativas e ilegales, ya que ellos hacen las leyes; 2. Es el control social el que crea la delincuencia y la desviación; 3. El control social aplica rótulos o etiquetas a los desviados y/o delinquentes”.

También el Sistema penal, está impregnado por esta postura peligrosista, de corte totalitarista, que en busca de mayor seguridad lo que logra realmente es un desorden intrasistemático, al pretender neutralizar desde varios puntos “el riesgo”, basta recordar la inflación penal de tipos penales creados que más incertidumbre acarrea que soluciones jurídicas, penas drásticas o bien en el plano operativo la descoordinación entre policía y Ministerio Público o juzgados y sistema penitenciario, por ello los excesos son perniciosos, es una anomia lo que resulta de esos niveles exagerados de búsqueda de seguridad al pretender vencer el riesgo.

Esta tendencia del riesgo ha invadido el Derecho penal, ineludiblemente, lo cual se constata al dar lectura al tercer y cuarto

considerando de la Ley de Competencia penal en procesos de mayor riesgo, Decreto número 21-2009 del Congreso de la República de Guatemala, los que prescriben que:

“Que la independencia de la justicia en materia penal es especialmente vulnerable al empleo de la fuerza física, amenazas, intimidaciones y otras formas de coacciones, con el fin de influir en el comportamiento de los jueces, magistrados, fiscales y auxiliares de la justicia en el cumplimiento de sus funciones, en la investigación y persecución penal y juzgamiento.

Considerando:

Que existen procesos de mayor riesgo que se caracterizan por requerir medidas extraordinarias para garantizar la seguridad personal de los jueces, magistrados, fiscales y auxiliares de la justicia, testigos y demás sujetos procesales, en los cuales resultan insuficientes las medidas ordinarias de protección”. La lógica es que la fuente de ese peligro deriva del o los imputados, de las estructuras criminales, que podrán

atentar de diversas maneras contra jueces, fiscales, peritos o Defensores públicos, por lo que se deberá brindar la seguridad respectiva, en tal sentido, estos órganos jurisdiccionales conocerán delitos cometidos en diferentes lugares del país, con lo cual se vulnera el principio del Juez natural, además que etiqueta a los incoados como sujetos de alta peligrosidad.

Por su parte, la Corte Suprema de justicia, emitió el Acuerdo 29- 2011, mediante el cual crea una tipología de delitos: delitos menos graves, cuya pena máxima es hasta cinco años de prisión, delitos graves cuya pena es mayor a los cinco años de prisión y que no sean de mayor riesgo, y los delitos de mayor riesgo con penas privativas de libertad, variadas, enumerados en el Decreto 21-2009, con lo cual se reafirma esta tendencia peligrosista, propia de la sociedad en riesgo, permitiéndome transcribir el artículo 3, para realizar sobre el mismo algunas reflexiones:

“Artículo 3. Delitos de mayor riesgo. Para los fines de la presente Ley, se consideran delitos de mayor riesgo los siguientes:

- a) Genocidio;
- b) Los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario;
- c) Desaparición forzada;
- d) Tortura;
- e) Asesinato;
- f) Trata de personas;
- g) Plagio o secuestro;
- h) Parricidio;
- i) Femicidio;
- j) Delitos contemplados en la Ley Contra la Delincuencia Organizada;
- k) Delitos cuya pena máxima sea superior de quince años de prisión en la Ley Contra la Narcoactividad;
- l) Delitos contemplados en la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros activos;
- m) Delitos cuya pena máxima sea superior de quince años de prisión en la Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo; y,
- n) Los delitos conexos a los anteriores serán juzgados por los tribunales competentes para procesos de mayor riesgo”.

En este artículo, se aprecia con claridad meridiana, la mala técnica legislativa pues, se incluyó en el literal “b) Los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario;” la duda surge al

buscar esos delitos contra personas, en el código penal y qué bienes son los tutelados por el Derecho internacional Humanitario. Una aproximación al espíritu de esa intención legislativa, la encontramos en el artículo 378 del código penal, que contempla “Delitos contra los deberes de humanidad”. Se incluyeron todos los delitos, de la ley Contra la Delincuencia organizada, sin embargo existen algunas figuras delictivas cuya pena es irrisoria tal el caso del delito de Uso ilegal de uniformes o insignias, con una pena de tres a cinco años de prisión, al cual le aplicaría un criterio de oportunidad o la suspensión condicional de la persecución penal, pues no existe prohibición alguna.

Finalmente surge obligadamente la cuestionante ¿debe el derecho penal ocuparse de riesgos futuros?, pues ese hoy es el papal asignado a un Derecho penal de prognosis. No debiera pero la misma sociedad del riesgo, y los potenciales peligros que allí gravitan, puntualmente de la criminalidad, presionan por lo que. “En primer lugar se 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” (Cancio, 2003), por lo tanto, es la sociedad del riesgo el sustrato, el justificativo del adelantamiento de la punibilidad para neutralizar la delincuencia, antes de que ésta actúe en perjuicio de la sociedad, nulificándose ciertas garantías constitucionales para los incoados, pues no se juzgan los hechos del pasado sino los hechos del futuro, este es el alto precio y el riesgo a que estamos sometidos: la pérdida de nuestras garantías constitucionales.

Recordemos, pues, Defensoras y Defensores, que estamos inmersos en la “sociedad del riesgo”, ella justifica in crescendo el alto punitivismo en el marco sancionador de los tipos penales y cero libertad, de los incoados; todos

somos potenciales amenazas, por ello el Derecho penal de prognosis es intervencionista limitando libertad públicas y al pretender resolver el conflicto criminal, su respuesta no tiene claridad ni logicidad (resoluciones judiciales incoherentes) pues responde no a una dogmática garantista sino a riesgos que debe neutralizar, a esta tendencia del Derecho penal de riesgo, le es aplicable la teoría del trilema regulador: el primer punto es resolver no casos sino riesgos, por ello las consecuencias son nebulosos e incomprensibles; en segundo lugar, no se resuelven los problemas sociales desde la raíz, sino que el Estado se limita a imponer sanciones y sanciones; y en tercer punto, se reclama la presencia del Derecho penal en cualquier asunto, por lo tanto, existe una alta demanda del mismo, lo cual provoca que el legislador, no regule razonablemente ante tantos riesgos, por lo tanto, la Defensa técnica, en el proceso penal, tiene una lucha constante por retomar el garantismo y no sucumbe por riesgos aparentes del imaginario del fiscal o juzgador, que observan el futuro de peligro en tanto que la Defensora o Defensor están en el presente.

Referencias Bibliográficas

- Cancio Melia, Manuel. Trabajo publicado en: Jakobs/Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo, editorial Civitas, Madrid, 2003,
- Cooper, Doris Mayr. Delincuencia y Desviación juvenil, Lom Ediciones, Santiago de Chile, 2005.
- García- Pablos de Molina. García-Pablos de Molina, Antonio. Criminología. Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal, parte general, Edita Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1996.
- La tipicidad abierta y el principio de taxatividad. Consulta electrónica de fecha 6-08-2015: hmbbgt.files.wordpress.com/.../la-tipicidad-abierta-y-el-principio-de-taxatividad
- Paladines Rodríguez, Jorge Vicente. La Sociedad del riesgo y el discurso criminilizador de las drogas, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador, 2008.
- Reyes Echandía, Alfonso. Criminología. Editorial nomos S. A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996.
- Shonfeld, Leonardo. Artículo: El Derecho Penal como Política Demagógica y sus Límites, 2010.

El rol de la defensa pública en el desarrollo y ejecución de la política criminal del estado



El rol de la Defensa Pública en el desarrollo y ejecución de la política criminal del estado

Hans Aarón Noriega Salazar

Política Criminal Definición.

Decía Aristóteles: “todas las cosas se definen por los actos que ejecutan y las que pueden ejecutar, de suerte que al perder sus caracteres propios ya no puede decirse que son ellas; son comprendidas bajo un mismo nombre y eso es todo”.¹ Quisimos empezar, estas reflexiones, al amparo de los sencillos (para efectos de su comprensión), pero a la vez profundos pensamientos del célebre pensador griego para comenzar a esbozar lo que entendemos por política criminal; esta disgregación de la ciencia política que se ocupa, diremos, en términos generales y siguiendo los consejos del gran filósofo para definirla de los actos de represión y prevención del delito.

Consideramos, además, de mucha importancia el análisis discusión y conclusión del término objeto del presente apartado bajo la segmentación de sus componentes.

Así las cosas iniciaremos, nuestro análisis, con la comprensión de cada uno de los vocablos que componen la expresión Política criminal. En ese sentido diremos que, etimológicamente, el término política proviene de los vocablos griegos “polis” entendido este como ciudad (Estado diríamos en la actualidad considerando que la acepción relacionada se le vinculaba con los griegos a esas Ciudades-Estados que conformaban la confederación helena), se complementa además este concepto con el término “techne” que algunos traducen como técnica o arte. Si acoplamos ambos términos tendríamos una traducción como arte de gobernar o la técnica aplicada al ejercicio del poder para conducir a la ciudad o al Estado.

Considerada, entonces, la política como la ciencia, técnica o arte de gobernar correspondería, luego, la definición de lo que

¹Aristóteles, la Política. Casa Editorial Garner Hermanos. París Francia. 1932. Página 6.

entendemos como el fenómeno criminal para completar el esbozo de nuestra acepción; entendemos el ámbito criminal relacionado directamente con su palabra raíz, o sea crimen, que implica una acción u omisión humana, consciente y voluntaria que afecta determinados bienes jurídicos tutelados, que produce una modificación en el mundo exterior y que forzosamente tiene que encontrarse prevista en la legislación (con el objeto de prohibirla) y cuyo cometimiento denota la necesidad de represión estatal a través de la imposición de una pena.

Si unimos ambos términos entenderíamos, en un contexto mucho más formal, que política criminal es el conjunto de actividades, que en cumplimiento de sus obligaciones, define, propone y ejecuta el Estado instituyendo los parámetros para la materialización de resultados que tienen como finalidad tanto la prevención como la represión de las actividades delictivas. Palabras clave de esta definición serían la prevención y represión del delito.

El autor Delmas Marty refiriéndose a esa doble funcionalidad respecto de la Política Criminal nos ilustra: “Desde que Feuerbach definió la política criminal como “el conjunto de métodos represivos con los que el Estado reacciona contra el crimen, limitándola así, a una especie de reflexión sobre el Derecho Penal, la perspectiva se ha ampliado progresivamente. Teniendo en cuenta la opinión de Marc Ancel, que subraya la necesidad de incluir dentro de la política criminal “tanto los problemas de prevención como el sistema represivo”, sugerimos, como delimitación provisional del campo a investigar, la siguiente: Conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal”.²

Prevenir y reprimir, insistimos, son los términos esenciales en las acciones de la Política Criminal, la anticipación de actividades en procura que no se materialice la actividad delictiva y, ante el fracaso de las mismas, las acciones consecuentes que buscan el castigo.

² Delmas Marty Mireille. Modelos Actuales de Política Criminal. Editorial Gráficas Arias Montano, Madrid España. 1986. Página 14

Aunque las mismas, dialécticamente consideradas, no pueden ser desligadas una de otra, ya que, toda acción de prevención necesariamente va relacionada con la represión y esta es, a la vez, una forma de prevención de actividades delictivas ya que el castigo, o mejor dicho la pena, los estudiosos del Derecho Penal lo sabemos, tiene una función de prevención general y otra de carácter especial.³

Política Criminal conceptos básicos.

Respecto de la Política Criminal nos ilustra el jurista argentino Alberto Binder “La política Criminal constituirá pues, no una ciencia, sino un sector der la realidad, y un sector de la realidad que tiene que ver con cuatro conceptos básicos: el conflicto, el poder, la

violencia y el Estado. Obviamente estas cuatro realidades se enmarcan de una sociedad, es decir, son fenómenos sociales”.⁴ De acuerdo al autor citado son cuatro los componentes a tomar en cuenta al momento de regular (establecer), el elemento teleológico de la Política Criminal. El fenómeno criminal a quien el autor citado identifica como conflicto (con mucho sentido según nuestra opinión), por otro la materialización del ejercicio de la función que se traduce en el poder, la violencia,⁵ que implica dos componentes a nuestra consideración; la intrínseca al delito y la respuesta que se da a este por parte del mismo y, por último, el Estado que, entendámoslo de esta manera también es una manifestación de fuerza, violencia o autoridad, ese ente incorpóreo encargado de definir y materializar

³ Prevención general entendida como la amenaza al socializar o hacer pública la pena impuesta al delincuente como una forma de advertir al conglomerado social acerca de las consecuencia que implica infringir la norma penal y una prevención especial entendida esta como que el delincuente castigado (en prisión cumpliendo condena) aparentemente no podría volver a afectar a la sociedad a través de acciones delictivas.

⁴ Binder, Alberto Martín. Política Criminal, Derecho Penal y Sociedad Democrática. Impresores Unidos. Guatemala 2004. Página 8

⁵ “No es, por lo tanto, la omnipresencia de la violencia en la vida social lo que está en cuestión y lo que se modifica. Lo que se modifica son las formas de la violencia y la densidad de la actividad violenta. Lo que se modifica son las disposiciones a aceptar la violencia, las probabilidades de convertirse en víctima, o también, en autor de acciones de violencia. Lo que hoy se modifica con particular celeridad y evidencia es la forma y el modo en que percibimos la violencia y la actitud que tomamos frente a ella; de esto se tratará aquí, así como de las consecuencias para el derecho penal” Hassemer, Winfried. Crítica al Derecho Penal de Hoy. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires Argentina. 1995. Página 49.

sus acciones dentro de supuestos de racionalidad, legalidad y efectividad.

Breve reseña histórica

Históricamente el ser humano se asoció y cedió, por consiguiente, parte de sus libertades para recibir a cambio los medios que le permitieran su desarrollo así como la protección de sus intereses, aspiraciones y derechos; materializó esa cesión al concentrar la toma de decisiones generales de convivencia en un sujeto o grupo de sujetos que efectivizaran el ejercicio del poder. Puede afirmarse, de esta manera, que uno de los primeros y principales problemas de los que se ocuparon quienes se arrojaron o fueron delegados a ese ejercicio del poder fue el referente al mantenimiento del orden social.

La venganza privada, etapa histórica de la evolución del Derecho Penal, no constituía una forma adecuada para el mantenimiento del orden y la paz social. De esa cuenta, que hubo necesidad de establecer presupuestos de represión, contención y castigo respecto de los

ataques de un individuo a otro sustituyendo esa revancha personal por la intervención de un tercero encargado de dirimir las afrentas y, en su caso, decidir el castigo así como la ejecución del mismo. Se regulan, pues, estamentos rudimentarios de lo que puede considerarse como política criminal condicionados, eso sí, al libre albedrío de quien concentraba el poder, a su discrecionalidad y por consiguiente, a la susceptibilidad de decisiones subjetivas que podrían implicar abuso, despotismo, excesos.

La Política Criminal de los Estados al principio (y lamentablemente en la actualidad), según nuestra opinión, constituía una suerte de prueba y error caracterizada, ya lo hemos dicho, por estar sujeta a la prudencia o imprudencia, sabiduría o ignorancia, altruismo o maldad, atino o desatino de quien la definía y la ejecutaba, de esa cuenta que, los excesos estaban a la orden del día decantándose, en general, por la negación de lo que en la actualidad conocemos como garantías penales o derechos humanos de la persona.⁶

⁶ Pensemos, por ejemplo, en el sistema penal de carácter inquisitivo con su secretividad, rigurosidad, procedimientos atroces para la obtención de la prueba, para tomar una idea de en qué medida se encontraban estos procedimientos saturados de graves negaciones a la dignidad inherente a la persona.

La determinación de las conductas prohibidas, entonces, así como los procedimientos para esclarecer responsabilidades (manifestaciones del poder estatal), necesitaban de elementos de garantía que, en la evolución histórica, se tradujeron en el principio de legalidad de carácter sustantivo –regulando– a través de supuestos como ley previa, ley escrita y ley estricta el límite al poder estatal de castigar evitando, con esto, la subjetividad y discrecionalidad al calificarse expresamente el ámbito de las prohibiciones. Por aparte, se hizo necesaria, además, la materialización de ritos procedimentales, reglas claras de enjuiciamiento que establecieran un camino claro, preciso y carente, en la medida de lo posible de ambigüedades que garantizara un juicio justo e imparcial.⁷

Nombres como Lombroso, Carrara, Francisco de Victoria, en los orígenes de lo que ahora conocemos como Política Criminal y Hassemer, Muñoz Conde, Zaffaroni y Jackobs en épocas recientes, han

influido, de una u otra manera, con sus pensamientos y postulados en su establecimiento, en su definición y en su ejecución como una materia que constantemente merece ser revisada para adecuarse a esa necesidad primaria que siempre ha acompañado al ser humano y por la cual ha pagado históricamente un precio, como lo es, el sostenimiento del Estado, ese Estado que, por lo general, no ha cumplido su parte de ese trato o contrato social como lo es brindar seguridad, protección, tutela a los valores, bienes e intereses del conglomerado social.

Política criminal teoría y praxis.

Difícil resulta encontrar esa innata correlación que debería existir entre teoría y práctica, en lo que a Política Criminal se refiere; si por un lado resulta complicada la determinación del ámbito de lo prohibido, la concretización de las conductas que se deben prohibir, mucho más lo es la materialización efectiva del cumplimiento de esas ordenanzas, es decir, mostrar efectividad en el cumplimiento de esas políticas criminales. Teoría y

⁷ La legalidad, como tal, y principios procesales específicos aparecen ya regulados en algunos instrumentos tales como la Magna Carta y el Bill of Rights en Inglaterra, que después fueron desarrollados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano fruto de la revolución francesa.

práctica, el ser y deber ser de la política criminal, por el bien de la sociedad, deberían de encontrar plena identidad.

De nada sirve el establecimiento más adecuado de los tipos penales, para la protección de bienes jurídicos tutelados, si en lo cotidiano no hay respeto para la ley penal por la falta de un plan adecuado de prevención y represión del delito que trajera como consecuencia la reducción de los niveles de impunidad que, en la actualidad, superan el límite de lo tolerable. No resulta, para nada, fácil a los gobiernos la instauración práctica de un plan efectivo de seguridad, las razones muchas, la corrupción, escasos recursos, los mismos niveles de criminalidad, la cultura de la improvisación y la falta de cuadros técnicos son algunas de ellas.

Franz Von Liszt, refiriéndose a esta correlación, nos ilustra: “La idea fundamental es la de los principios sobre la lucha contra el delito en la persona del delincuente llevada a cabo, mediante la pena y medidas análogas. Por lo tanto

surge la problemática relación entre la aplicación del derecho penal vigente y los postulados políticos criminales”.⁸

Correlación, concordancia deben existir, entendemos, entre los postulados del Derecho Penal y las acciones concretas para su cumplimiento, pero ¿qué pasa ante la demanda ciudadana en pro de resultados adecuados en cuanto a los índices de criminalidad?, culpamos, entonces, al garantismo, al exceso de derechos, a la sobreprotección al delincuente, postulados que, según los detractores del garantismo, se encuentran inmersos en el ordenamiento jurídico penal incluida su base constitucional.

La realidad es otra, y es que, la responsabilidad en cuanto la ineficiencia contra el delito la encontramos en las políticas prácticas de prevención y represión del mismo; las normas penales, de carácter sustantivo, buenas o malas, simplemente no se cumplen y no se cumplen porque las políticas de persecución penal, si es que las hay, han fracasado rotundamente no ha

⁸Citado por Estrada Arispe en Manual de Derecho Penal Guatemalteco. Página 35.

existido esa identidad entre el ser y el deber ser.

No obstante, la respuesta no la encontramos en la modificación agravada y represiva de la base normativa, en la disminución de derechos, en la instauración de sistemas represivos que niegan, tergiversan o anulan lo que con tantos siglos de evolución del derecho penal se logró conseguir. Cuando la necesidad de una respuesta adecuada, frente al fenómeno criminal, nos hace creer que debemos retroceder, que el fin justifica los medios, caemos en una trampa, una trampa no solo para el delincuente sino para el ciudadano común.

Hassemer refiriéndose a este peligro nos advierte “Finalmente, hay que preguntarse si un derecho penal disponible y políticamente funcionalizado aún puede conservar el lugar que debe tener dentro del sistema total de control social. Si sus principios son disponibles según el caso, perderá a largo plazo, también ante los ojos de la población su fuerza de convicción normativa y su distancia moral frente al

quebrantamiento del derecho. El derecho penal no puede sobrevivir como un instrumento estatal de solución de problemas más o menos idóneo entre otros más”.⁹

En conclusión, si bien es cierto, el análisis del fenómeno criminal, de las nuevas formas de criminalidad hacen necesaria periódicamente la modificación de la base normativa (Derecho Penal), también lo es que, debe tenerse siempre presente que, la razón de la existencia del ordenamiento jurídico ha implicado siempre un elemento o motivación finalista como lo es la convivencia social, pero bajo la protección de la persona ante el abuso, el exceso, la desviación del ejercicio del poder. Tenerse siempre presente que el garantismo, más que para protección del delincuente, ha sido concebido para el resguardo del ciudadano honrado, para el que no delinque y que, eventualmente podría por una u otra razón estar sometido a procedimiento penal.

El elemento teleológico en la política criminal.

⁹ Op. Cit. Página 66.

¿Para qué nos sirve la política criminal?, ¿cuál es su finalidad?, la respuesta pareciera obvia, como lo sería, que existiera cada vez menos delincuencia pero,

desde una perspectiva eminentemente técnica, diríamos que es mucho más profunda: la comprensión de su elemento teleológico, si entendemos que la política criminal implica la materialización práctica, de las prohibiciones contenidas en las leyes penales, deberíamos reconocer, además, que la misma debería buscar el equilibrio entre la eficiencia entre la persecución penal en el marco de un sistema que respete los derechos y libertades de la persona.

Binder al pronunciarse con respecto a la utilidad práctica, la finalidad de la Política Criminal, nos lustra: “No obstante también existen ciertos objetivos autónomos de la política criminal: ellos se relacionan con los límites al poder penal y se fundan en la necesidad de establecer una política criminal respetuosa del ser humano. Por eso la política criminal tanto desarrolla como limita la coerción penal. En la síntesis que

se produzca entre las necesidades de desarrollo del poder penal, la política criminal adquiere su verdadera configuración política”.¹⁰

Entenderíamos, de acuerdo a estas reflexiones una proyección finalista; en la medida que la política criminal nos asegure las respuestas adecuadas para reducir los índices delictuales bajo la implementación, primero, de las decisiones normativas adecuadas, las cuales como presupuesto de razonabilidad deberían estar esencialmente influenciadas en el reconocimiento de que la razón de ser, del ejercicio del poder, es el ser humano a quien el Estado se encuentra llamado, sobre todo, a respetar y servir.

El individuo es titular de garantías, ante el ejercicio del poder punitivo del Estado, quien, además, está obligado a prestar protección, tutela y resguardo al otro gran protagonista del conflicto penal como lo es la víctima. No puede dejarse de mencionar, en ese sentido, ciertos cambios positivos, de reciente inclusión, en nuestra legislación, positivos según nuestra

¹⁰ Op. Cit página 38

opinión, porque buscan devolver a la víctima ese rol protagónico y merecedor de protección, en el ámbito del Derecho Penal, fortalecer los mecanismos de resguardo y protección de sus derechos, reencauzar el monopolio estatal de castigar para tomar acciones concretas que busquen, en la medida de lo posible, regresar las cosas al estado anterior al que se encontraban antes de la comisión del hecho delictivo, esto obviamente en beneficio del interés de la víctima.

La víctima ha encontrado recientemente, desde la perspectiva de las finalidades de la política criminal, niveles de protección, tutela y defensa que, entendemos, habían sido dejadas de lado cuando le fue arrebatado en el devenir histórico su rol protagónico de cara a la prevención y sanción del delito. Lo anterior ha implicado la regulación legal, el establecimiento y fortalecimiento de entes relacionados con la persecución penal que deban facilitar su acceso a la justicia y a la reparación de los males que son consecuencia de la acción delictiva.

La política criminal y el ejercicio de la Defensa Pública.

Defensa Pública y su papel garantista en un estado democrático y de derecho.

Siempre hemos dicho que, la función de abogados y abogadas de la Defensa Pública, va en busca del equilibrio entre la eficiencia del Derecho Penal y la protección de los derechos de la persona. No promovemos impunidad, buscamos la potenciación de la máxima: en un Estado Democrático y de Derecho, debe prevalecer la sumisión de este al ordenamiento jurídico; ello implica que, en el ejercicio del poder punitivo del Estado, en cada fallo que se dicta haya imperado la consideración del debido proceso, el respeto al derecho de defensa, la legalidad tanto en su ámbito sustantivo como procesal entre otras garantías penales.

Defensores y defensoras públicos nos esforzamos, desde nuestras particulares funciones, día a día en luchar contra un sistema que responde a una política criminal definida en la que se ponderan como resultados efectivos el aumento en

el número de sentencias, la disminución de institutos desjudicializadores, la prevalencia de personas guardando prisión (en carácter preventivo o con sentencia firme). Muchas veces sentimos frustración porque pareciera que estuviéramos arando en el desierto, ya que, los planteamientos técnicos, fundamentados y congruentes son desechados en resoluciones carentes de sentido, y lo que es más grave aún, de una fundamentación adecuada.

Tenemos que entender que, si bien es cierto, no somos responsables de la falta de funcionamiento del sistema sí tenemos un papel, por demás total e importante, en la definición de la política criminal del Estado, y es que, ante la desazón, la frustración y las desilusiones deberíamos de considerar que de una u otra manera hemos sido ese último valladar ante la anarquía y la negación del Estado de Derecho.

Aplicando el método lógico de razonamiento, de la supresión

hipotética, tendríamos que preguntarnos ¿qué habría pasado si, por ejemplo, no se hubiese dado la intervención de defensores y defensoras públicos ante la imposición de penas de muerte?, en esta situación, en particular, es de mucha importancia recordar que la actuación por demás diligente y profesional permitió enderezar una política criminal del Estado que, atendiendo a razonamientos fundamentados en la extirpación del miembro enfermo, promovían¹¹ por la eliminación de determinadas personas a través de fallos más o menos cuestionables.

Valga considerar en ese sentido, que, ante el agotamiento de los recursos internos, en todos los casos en los que se condenó a la pena capital, los mecanismos internacionales, de protección de los derechos humanos, detectaron errores judiciales de procedimiento o de aplicación de la ley sustantiva que hacían el mérito necesario para la revocación de los fallos (basta un vistazo a los distintos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para corroborar esta

¹¹ Santo Tomás de Aquino por ejemplo promovía: “De la misma manera que es conveniente y lícito amputar un miembro putrefacto para salvar la salud del resto del cuerpo, de la misma manera lo es eliminar al criminal pervertido mediante la pena de muerte”.

afirmación). Estas declaraciones se obtuvieron a través del trabajo tenaz realizado, en el ejercicio de una defensa, que no se dio por vencida ante el valladar inexpugnable (parecía en su momento), de una política criminal definida y que no se encontraba en concordancia con un sistema democrático de persecución penal.

La actuación de la Defensa Pública permitió que el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos declarara, en casos concretos, vulneración a los derechos de la persona como parte de una política criminal de “cumplimiento y ejecución de la ley penal”, en otras palabras, vulneración al debido proceso y/o aplicación de normas sustantivas que de una u otra manera incidían en sentencias que, en su momento, fueron sustentadas.

Tengamos por seguro que, al igual que ahora, los defensores y defensoras públicos se sintieron frustrados, vivieron horas oscuras, con la angustia y desazón que provocaba estar convencidos que la forma que se definía, interpretaba y aplicaba el Derecho no era la adecuada, no obstante, el resultado

es el que ahora nos congratulamos de comentar una política criminal de Estado que al final fue entendido, por parte de quienes la definen, ha desechado al menos por el momento la pena capital como una forma de efectivizar el poder disuasivo de la pena.

No faltarán, a corto o mediano, plazo las voces y acciones concretas por poner en el debate la aplicación o no de la pena de muerte, habría que estar preparado con argumentos idóneos, lógicos y fundamentados en los frentes legislativo, forense, académico y práctico para una nueva batalla, un nuevo replanteamiento de ideas.

Otro ámbito en el que se dejó sentir, el accionar de la Defensa Pública Penal, influyendo sustantivamente en la definición de una política criminal lo constituyó el delito de posesión para el consumo y las prácticas, por demás ilegales, de las fuerzas de seguridad con él relacionadas en lo que se refiere al combate a la delincuencia.

Como recordaremos, hace algún tiempo, una cantidad considerable de la carga de trabajo estaba directamente relacionada con esta figura delictiva. Como defensores y

defensoras observamos, por demás recurrente, el accionar de los elementos de las fuerzas de seguridad que implicaba las simulaciones de flagrancias en las que “al hacer un registro superficial en la bolsa del pantalón lado derecho” se encontraba una pequeña cantidad de sustancia que se consideraba era droga.

De todos era sabido que el accionar policial, en estos casos, se caracterizaban por una “política criminal” de contención de la delincuencia en la que la actuación implicaba la detención de determinados sujetos de quienes, se tenía conocimiento, podrían o no dedicarse a actividades delictivas, pero, ante la falta de investigaciones objetivas y sustentadas les resultaba más fácil, a las fuerzas de seguridad, “plantar” droga para, en el peor de los casos, tener guardando prisión por un mínimo de tres meses al detenido.

Constituye este otro ejemplo por el cual afirmamos que la labor, de la defensa pública, influyó decisivamente en la reorientación de una forma de actuar una manera ilegal y anti técnica, si se piensa, de reprimir el fenómeno criminal pero

que formaba parte de una política de Estado por que sus elementos ejecutivos (efectivos de las fuerzas de seguridad) la materializaban y los cuadros de dirección y definición de la misma simplemente dejaban pasar o en el mejor de los casos no eran capaces de apreciar.

En este caso, como en el de la pena de muerte, defensores y defensoras públicos, insistimos en denunciar ante los jueces de garantías este anómalo y aberrante proceder, fueron años de frustraciones y de considerar en ocasiones casi imposible de cambiar, no obstante, el accionar adecuado, la argumentación y fundamentación pertinentes poco a poco hicieron mella en el sistema judicial en el que sus máximas autoridades terminaron por aceptar esta realidad que la simulación de flagrancias, por el delito de posesión, para el consumo era consecuencia de ese poder de disponibilidad que tenía la policía con respecto a los plazos y falta de control.

Primero, a través de la instauración de defensores públicos en las comisarías, para proveer, desde los primeros momentos de la aprehensión, asistencia técnica al

detenido y evitar, en su caso, la simulación de flagrancias y, luego, a través de la implementación de los juzgados de turno se tomaron decisiones de política criminal que hicieron disminuir este tipo de detenciones ilegales.

En la actualidad, insistimos, también nos encontramos con otros retos, con otras formas de manifestación (arbitraria), del ejercicio del poder punitivo, que suponen una burla a las garantías penales ahora más que nunca es cuando se hace necesario el trabajo profesional de defensores y defensoras públicas; un trabajo técnico y personalizado, motivado y motivador, que haga mérito y fortalezca ese que hemos llamado último baluarte ante la definición de una política criminal resultadista así como un poder punitivo que no reconoce límites, en fin, una defensa pública que participa directamente en la definición de una política criminal del Estado que tenga como motivación y finalidad en todo momento la protección de la persona y sus derechos, pero esto, en el marco del respeto mismo a esos derechos. Equilibrio entre efectividad

y garantías penales eso es lo que esperaríamos, una defensa pública que haga mella en el desarrollo y de la política criminal del Estado.

Referencias Bibliográficas

1. Aristóteles, la Política. Casa Editorial Garner Hermanos. París Francia. 1932
2. Binder, Alberto Martín. Política Criminal, Derecho Penal y Sociedad Democrática. Impresores Unidos. Guatemala 2004.
3. Estrada Arispe en Manual de Derecho Penal Guatemalteco.
4. Delmas Marty Mireille. Modelos Actuales de Política Criminal. Editorial Gráficas Arias Montano, Madrid España. 1986.
5. Hassemer, Winfried. Crítica al Derecho Penal de Hoy. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires Argentina. 1995.

El Abogado Digital



El Abogado Digital

M.A. Sara Marisol Mejía Alburez

“El mundo jurídico, en una paradoja de difícil comprensión, ya que se ha vuelto más pequeño en lo espacio-temporal e inabarcable desde el punto de vista del conocimiento normativo. El futuro jurista se enfrenta a una economía globalizada en el contexto regional. Ello le obliga a trascender la tradición del Derecho puramente nacional y embarcarse en la aventura de ser un jurista global.” Este efecto dominó que viene de la influencia tecnológica de los grandes países desarrollados, ha llegado también a Guatemala, afectando directamente a toda persona relacionada con el ámbito jurídico. Puede afirmarse que a la fecha, es difícil encontrar un abogado que no posea un equipo de cómputo que sea el centro de trabajo cotidiano.

El término “aldea global”,¹ es de conocimiento público. Gracias al influjo de la tecnología de

informática y conocimiento (TIC)² las distancias geográficas se han reducido convirtiendo al planeta tierra en un pequeño sitio al cual todos acceden por medio de las herramientas digitales y tecnológicas. La influencia de la tecnología en las comunicaciones ha llegado con fuerza a todos los campos: la industria, el comercio, la educación, las profesiones. El campo de la justicia no puede abstraerse del influjo tecnológico, y hoy se ve cómo en los tribunales, pueden realizarse videoconferencias, que permiten que jueces puedan escuchar a detenidos y a sus abogados aunque no se encuentren presencialmente en el tribunal.

Para “La tecnología y el Derecho no ha ido siempre de la mano. Sin embargo ante el creciente desarrollo tecnológico, los abogados nos hemos visto en la necesidad de

¹ Aldea Global es un término que busca describir las consecuencias socioculturales de la comunicación, las cuales han ido evolucionando poco a poco hasta llegar a convertirse en un mundo sin barreras donde todo se transmite en cuestión de segundos.

² Tecnologías de la Información y la Comunicación.

hacer uso de la informática para distintas actividades que van desde hacer más eficiente nuestro trabajo hasta vincularnos y ofrecer nuestros servicios de una manera más atractiva y moderna que se distancia positivamente (aunque aún a regañadientes) del tradicional conservadurismo y formalidad propia de la profesión. Todo ello gracias a innovadoras soluciones de informática jurídica que cada vez se convierten en herramientas imprescindibles para poder trabajar y a la generación de nuevos espacios dentro de Internet que nos abren inmejorables oportunidades de networking³ y branding⁴ de servicios.” Sería interesante realizar una visita de observación a los bufetes y oficinas jurídicas para determinar el grado de utilización de tecnología en la actualidad, aunque debe reconocerse que se da el conflicto generacional entre juristas y estudiosos de la ley.

Hay un abismo tecnológico, entre la generación anterior y la generación actual de abogados. Las Universidades han influido de manera determinante, ya que en el período de formación académica, los estudiantes actuales automatizan procesos y crean el hábito digital en sus tareas cotidianas, convirtiendo en algo común y corriente el uso de toda innovación tecnológica tanto en hardware como en software. A los abogados jóvenes también les cabe el término de “juristas tecnológicos naturales”, ya que desde temprana edad, aprenden a convivir con la tecnología en todos los ámbitos de su hábitat social, cultural y educativo. No así a los abogados adultos y adultos mayores a quienes les cabría el término de “inmigrantes digitales”⁵, ya que su formación académica y profesional se hizo con una tecnología totalmente diferente.

³ “Red de contactos” y hacer Networking como “acudir a actividades y eventos con el fin de incrementar su red de contactos profesionales y buscar oportunidades de negocio”.

⁴ Anglicismo empleado en mercadotecnia que hace referencia al proceso de hacer y construir una marca mediante la administración estratégica del conjunto total de activos vinculados en forma directa o indirecta al nombre y/o símbolo que identifican a la marca.

⁵ Son los que no nacieron con el uso de las TIC. Por ende, se les condiciona a que, la manipulación técnica de estas herramientas, sea más lenta, y que, no sean capaces de pensar estos instrumentos para el aprendizaje.

La generación anterior de abogados, en sus oficinas, se distinguían por tener a su disposición, infinidad de leyes y libros jurídicos en las estanterías, los cuales se renovaban constantemente para estar actualizadas. Una oficina jurídica, físicamente era muy sencilla. El escritorio del procurador o procuradora con su respectiva máquina de escribir, el gran escritorio del abogado, y si había secretario-escribiente, pues esta persona también lucía su principal instrumento de trabajo: la máquina de escribir. En los archivos, una gran cantidad de documentos organizados en folders y carpetas, ocupando un gran espacio de la oficina; para los diferentes casos que se atendían, y por supuesto el teléfono con su respectiva línea.

Pero las cosas han cambiado. La tecnología ha invadido la oficina jurídica, y no puede faltar toda una serie de artefactos tecnológicos. Entre ellos el ordenador tanto de escritorio como personal, la multimedia, el fax, el Ipad, el smarthphone, el scanner, la conexión a internet, video cámaras

de seguridad, entre otros, para los abogados y su equipo de colaboradores. Por supuesto, que toda innovación requiere inversión económica y financiera. Los cambios producidos son inmensos, pero los resultados son evidentes. Las tareas se han simplificado. La labor es más sencilla y rápida, y aunque “representa el mismo rasgo o carácter de monotonía, todo esto conduce a que el profesional vea atenuada su ocupación jurídica”

Los procesadores de textos para la redacción y archivo de documentos diversos, eran impensables 25 ó 30 años atrás. Eran evidentes los errores de los escribientes y mecanógrafos y había un espacio especial al final de los documentos para “testar” y “salvar” los errores y las equivocaciones cometidas.

En la actualidad con los medios tecnológicos modernos, dichas equivocaciones apenas tienen lugar. Hay un mejor trabajo, con una presentación excelente, sin errores de redacción y ortográficos y en el menor tiempo posible. Es más, en todo ordenador de una

oficina jurídica, los abogados y sus colaboradores, han organizado archivos virtuales tanto en el disco duro de su equipo, o discos externos, como en la “nube informática”,⁶ que no solamente ocupan un espacio físico, mínimo, sino que también pueden ser utilizados para casos similares, creando nuevos archivos los cuales permiten eficiencia en el proceso del trabajo y eficacia en el producto. Sobre esto habría que reflexionar profusamente, tomando en consideración la confidencialidad y la secretividad de los documentos así como la seguridad en su custodia y guarda.

Para consultar las leyes, con la tecnología actual el abogado, solamente debe saber buscar en la internet y rápidamente podrá tener cualquier ley, reglamento o disposición jurídica que necesite, actualizada y con las modificaciones recientes.

Así también, puede, en cuestión de segundos, tener a la vista, artículos relacionados de casos de todas las especialidades jurídicas, tanto nacionales, como internacionales, que le faciliten la

fundamentación teórica y jurídica que necesita para resolver los casos a su cargo. “Se produce entonces, un trabajo con menor posibilidad de comisión de errores y una mayor garantía de una labor bien realizada”.

Lamentablemente debe reconocerse la reticencia de algunos abogados por aceptar la invasión tecnológica a la oficina jurídica. Estos distinguidos juristas, se resisten al cambio, porque poseen paradigmas estáticos que no les permiten arriesgarse a romper la burbuja de comodidad en la que tradicionalmente se han desenvuelto, y consideran que es innecesario innovar tanto la oficina, como la forma de laborar.

Hay una sentencia popular que obliga a reflexionar acerca del rol del abogado frente al avance de la tecnología. “Quien no se actualiza, se fosiliza”. Eso permite inferir, que se hace necesario innovar, porque de lo contrario quien no lo haga se irá convirtiendo en un fósil.

No se ha mencionado en este artículo el surgimiento de las redes sociales y su influencia en el

⁶ Nube Informática. Se trata de un servicio que funciona a través de internet que permite a los usuarios guardar información de cualquier tipo: música, videos, en General y poderlos tener alojados en servidores dedicados, es decir en equipos que siempre permanecen encendido las 24 horas del día y los 365 días del año.

trabajo jurídico. Redes Sociales: “Son Plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes. En sentido jurídico, las redes sociales son servicios de la sociedad de la información, según se definen en Por medio de las redes sociales los abogados interactúan y plantan sus problemas jurídicos.. Pertenecen al modelo de” redes sociales verticales profesionales”, concebidas alrededor de un eje temático agregador, y su objetivo es congregar o reunir a un colectivo concreto, en torno a una temática definida.

Se han creado también foros virtuales los cuales permiten a los abogados interactuar para cooperar y colaborar entre ellos para la búsqueda de soluciones a problemáticas comunes. De esa manera, se están creando nuevos aprendizajes significativos, contextualizados a las diversas realidades sociales, culturales y económicas. El hábitat etéreo permite el encuentro de profesionistas jurídicos situados en diferentes lugares, aproximándolos geográficamente y facilitando una plataforma que sirve de encuentro no solo al conocimiento académico

y jurídico, sino a la experiencia jurídica y al conocimiento empírico.

También los clientes se han dejado subyugar por estos foros, y hacen a un lado los antiguos directorios telefónicos de la era del papel y cada vez más utilizan las páginas web para contactar a los profesionistas que convienen a sus intereses personales. De esa forma, los clientes ahorran tiempo y dinero y agilizan procesos jurídicos en favor de sus intereses.

Las redes sociales en Internet son grandes sistemas perfectamente organizados de relaciones entre individuos, que permiten replicar y centuplican las estructuras sociales existentes en la vida real.

Las diferencias más notables entre las redes sociales digitales y las analógicas o tradicionales son: “la inmediatez, la cercanía virtual el alcance del mensaje.” En cuestión de fracciones de segundo se puede establecer comunicación efectiva con cualquier persona en cualquier parte del planeta y trasladar el mensaje que sea, aún libros y grandes documentos., Facebook representa el exponente más notable

de las redes digitales con más de 300 millones de miembros en todo el mundo, y cuyo número de usuarios aumenta cada año en más de un 120%. Aunque existen otras muy importantes como LinkedIn o Twitter.

Cada una de estas redes sociales se ha ido convirtiendo en plataformas de calidad excepcional, cada vez más especializadas en función de los intereses de los usuarios. En tal sentido se pueden encontrar redes adaptadas a temáticas específicas, profesiones, hobbies, intereses, entre otros; segmentadas por grupos etarios variados y diferenciados. El objetivo es claro: crear comunidades virtuales abiertas, públicas y aún privadas, inclusive secretas. Es ahí donde se vislumbran riesgos potenciales y reales. Esa secretividad y el surgimiento de especialistas en informática que se aprovechan de las redes para organizar grupos criminales de todo tipo, sobresaliendo los pederastas y los terroristas, quienes saben cómo esconderse entre los millones de

usuarios y de comunidades virtuales, con contraseñas de difícil acceso e ingreso restringido a nuevos miembros.

A la capacidad de distribución de la información se le denomina capacidad viral o “viralidad” y puede ser utilizada para hacer llegar un mensaje sea éste comercial, político o de cualquier tipo en cuestión de horas a millones de personas. Las consecuencias de la publicación en Internet con respecto a la de la distribución en papel son diametralmente distintas: por un lado, Internet es capaz de multiplicar el efecto viral y el alcance de la comunicación por una cifra directamente proporcional al beneficio buscado o el daño no esperado; por otro, las consecuencias jurídicas suelen estar inteligentemente desniveladas,⁷ en las condiciones de uso de los servicios -en este caso, a favor de las redes sociales-, de tal forma que éstos puedan hacerse tanto con los datos personales de los usuarios como con los derechos de explotación de las obras (imágenes,

⁷ Las redes sociales, plataforma de hechos delictivos. El mal uso de las mismas puede poner al usuario en posición de ser víctima de delitos.

vídeos, música) que éstos suban o alojen en sus plataformas. Las redes sociales representan un excepcional escaparate en el que el usuario puede publicar lo que desee: muchos lo utilizan como herramienta profesional para la elaboración de su Currículo Digital

Todo abogado debe estar consciente no solamente de los beneficios de las redes sociales. Debe considerar desde la perspectiva opuesta, los riesgos que éstas conllevan: La publicación de fotografías lleva a perder inmediatamente el control sobre su privacidad. El anonimato ha dado lugar a un uso constante y repetido por organizaciones criminales de pederastas y terroristas. Resulta complicado tener la certeza de estar conversando a través de una red social con una persona cuyo perfil se corresponde fielmente a la realidad.

La suplantación de identidad está a la orden del día. El sector más vulnerable y propenso a desnudar su intimidad en las redes sociales es el de los menores de edad, con la ignorancia de padres, tutores y profesores. El mayor peligro lo representan las aplicaciones

externas a la red que proponen al usuario una serie de mejoras o información estadística útil, para lo cual tan sólo deben introducir su usuario o contraseña de la red social.

Uno de los objetivos de este artículo lo constituye el hecho de motivar a los distinguidos profesionales de la ley, para que se interesen por adaptar la tecnología al trabajo cotidiano. En tal sentido, a continuación encontrarán propuestas sencillas e inteligentes para tomarlas y aplicarlas en la labor tanto en bufete, como en otras instancias jurídicas.

La organización es fundamental para un abogado. Las exigencias del campo laboral nos enfrenta al desafío de las tareas múltiples y simultaneas, así como la presencia en tribunales y visitas a lugares lejanos, distantes de la oficina, a la vez controlar su vida privada puede ser algo agotador. Afortunadamente, existen aplicaciones diseñadas para la organización y que ésta sea efectiva y fácil. He aquí tres apps que le ayudarán a mantenerse organizado, tanto en el ámbito profesional como en el personal.

Triplt:⁸ Para las personas que se movilizan con frecuencia Triplt es la forma perfecta de organizar cada uno de estos viajes. Esta app práctica y gratuita le permite crear itinerarios y horarios, además de proporcionarle mapas y predicciones del tiempo para cualquier ubicación dada. Puede incluso utilizarla para realizar reservas en hoteles restaurantes o Universidades según sea el caso.

reQuall:⁹ Consiste en una lista digital de tareas, como una agenda, con una diferencia. El abogado envía un e-mail, mensaje de texto, mensajería instantánea o llame a reQuall con cualquier tarea futura o reunión que vaya a tener, y la aplicación analizará esta información para actuar como un útil servicio de recordatorio. Además como un plus: cuando se encuentre dentro de un sitio en particular, por ejemplo, tribunales, le recordará de las tareas que necesita llevar a cabo en las proximidades de esa ubicación, y agrupará para su comodidad tareas y reuniones que

tengan lugar en ubicaciones cercanas. reQuall es una app gratuita, disponible para usuarios de cuentas gratuitas y premium.

Cozi:¹⁰ Todos los profesionistas de las ciencias jurídicas sufren luchando por organizar su vida diaria de manera que encaje con sus compromisos de trabajo. Cozi es una app gratuita de calendario compartido diseñada para ayudar a las familias a conseguir exactamente eso. No sólo podrá mantenerse al día de los planes de su familia, sino que incluso puede enviar listas de tareas a otros – perfecto para cuando necesite quedarse un poco más de la normal en la oficina.

En Conclusión. El concepto de “Aprendizaje Permanente”,¹¹ ha llegado al campo jurídico laboral. Ni bien se ha terminado de aprender algo, y ya se está invadido por nuevos conocimientos de todo tipo, especialmente tecnológico. No se puede cerrar los ojos a la realidad.

⁸ <https://itunes.apple.com/us/app/tripit-travel-organizer-free/id311035142?mt=8>

⁹ <http://www.macworld.com/product/81380/reqall.html>

¹⁰ <http://www.cozi.com/>

¹¹ Se considera actualmente un proceso continuo, que no termina en la escuela o la Universidad, sino que se desarrolla de forma ininterrumpida a lo largo de la vida profesional.

La Tecnología ha llegado, y no pidió permiso. Entonces hay que adaptarse y ponerle buena cara. De otra manera, la sociedad lanzará una mirada de reproche sobre Usted y poco a poco, lo irá expulsando del juego.

Referencias Electrónicas

1. Competencias Informáticas e informacionales. (s.f.).
Obtenido de:
https://moodle2013-14.ua.es/moodle/pluginfile.php/75703/mod_resource/content/2/pagina_08.htm e. (s.f.).
2. Frossini, V. (16 de junio de 1995). El Jurista en la Sociedad Tecnológica.
Obtenido de:
http://institucional.us.es/revistas/argumentos/2/art_6.pdf
3. Legal Media, M. (s.f.). Ideas, Abogados.com. Obtenido de Ideas de Tecnología, Software y Apps para Abogados.:
<http://ideasabogados.com/>
4. Martinez, R. (mayo de 2015). Unirevista.
Obtenido de:
<http://blogs.unir.net/ricard-martinez/3970-abogados-digitales>
5. Montezuma Panes, O. (17 de abril de 2009). Abogados y Tecnología. Obtenido de:
<http://www.blawyer.org/2009/04/17/abogados-y-tecnologia-i/>
6. Publicación de Información en Redes Sociales. (s.f.).
Obtenido de página mx.:
<http://beautifulqueenstar.mex.tl/?mail=1>
7. Teijeiro Núñez, V. (26 de noviembre de 2006). El Abogado y las nuevas Tecnologías.
Obtenido de:
<https://vanesateijeiroabogada.wordpress.com/2010/11/01/el-abogado-y-las-nuevas-tecnologias/>
8. Touriño, A. (6 de febrero de 2006). Redes Sociales. Una aproximación Jurídica.
Obtenido de:
<http://vlexmarketing.s3.amazonaws.com/gu%C3%ADas%20vLex/webinar2.pdf>

El liderazgo del defensor público en su ambiente jurídico



El liderazgo del defensor público en su ambiente jurídico

M. Sc. María Eugenia Sandoval M. de Paz

De acuerdo cómo el defensor público lidere en su ambiente de trabajo, cómo atienda a los usuarios, así será como irá dando a conocer la Institución, brindando un buen servicio, ayudando a los más desprotegidos. Por lo que a continuación se presenta una de tantas definiciones del Liderazgo de Servicio:

Es aquel que pone atención en el desarrollo y crecimiento de su equipo, desde sus compañeros hasta sus usuarios, (Greenleaf 1970).

El defensor público debe estar convencido que la defensa de las normas de conducta, son una verdadera responsabilidad y que la conducta que en un momento dado refleje hacia los usuarios debe ser siempre de compromiso y lealtad.

Por eso es muy importante que el líder defensor trabaje para crear y mantener una cultura de responsabilidad compartida, para asegurar que su conducta refleje altos estándares éticos.

- **Crear ambientes seguros**

El defensor público tiene el deber de tratar a todos los integrantes y usuarios de la Institución de manera justa y con profundo respeto. Deberá tener siempre en cuenta la no discriminación basada en la raza, religión, color, edad, género, discapacidad física o mental, ideología política.

- **Servicio hacia la población más vulnerable**

El defensor público tiene la responsabilidad con los usuarios, este compromiso debe estar muy profundamente enraizado en sus valores, porque es la reputación de la Institución la que está en juego, y que de ello depende construir con nuestros usuarios relaciones sólidas, esto es indispensable para el éxito del servicio que brinda el defensor.

- Crear confianza con el usuario

El defensor público no deberá permitir jamás que se divulgue la información confidencial que maneja en su lugar de trabajo, el uso indebido de la misma es totalmente ilegal y las consecuencias podrían ser muy graves.

El potencial de liderazgo determina la capacidad de dirigir

Si el defensor público desea saber qué resultados tendrá un proyecto dentro de su ambiente laboral, basta que observe el potencial de las personas que están a su cargo. Para ejercer un buen liderazgo, se necesita de personas valerosas que estén dispuestas a arriesgar su prestigio, en medio de un mundo globalizado y totalmente competitivo.

“No sirven los líderes que fingen no tener miedo, porque el miedo es contagioso. Se requieren hombres y mujeres valientes para guiar una empresa”.

Nelson Cubides

Ser valeroso es tener disposición para vencer cualquier temor, aún en los momentos adversos. El valor es todo lo contrario a la timidez, además de valentía el liderazgo requiere de mucho esfuerzo y responsabilidad y esto no es más que mantener una disciplina y hábitos que ayuden a moldear el carácter para desarrollar capacidades excepcionales, que se pondrán al servicio de los más necesitados.

Se puede decir que el liderazgo es saber influenciar, porque siempre se está influenciando en las decisiones de las personas que se tienen alrededor. También el liderazgo es la capacidad de impulsar a otros a que entreguen lo mejor de sí mismos y brinden un buen servicio.

Lo más importante es dirigir y servir. Un Jefe es un servidor. El rango jerárquico ni concede privilegios, ni otorga poder. Impone "solo" el peso de TODA la responsabilidad". (Stern 2002).

El defensor público debe basar su liderazgo en valores

“La diferencia esencial entre un gran líder y un amo peligroso es el vital ingrediente del carácter moral”

C. Levicki

Los valores son creencias, principios intrínsecos que proporcionan un encuadre ético a la organización. (Barroso 2000).

La lealtad con el usuario, la honestidad en el servicio, el comportamiento ético y el respeto, es el conducta que debe mantener el defensor público, es decir que debe siempre actuar con un alto grado de moralidad. Para Yarce (2006) en las organizaciones de hoy día existen muchos líderes sin valores que con valores. Según el autor, basta con que desarrollen habilidades físicas, emocionales, cognitivas, de imagen para que tomen el poder, influencien en sus seguidores y se proclamen “líderes” lo hacen más por la popularidad que

consiguen que por el bien que pudieran realizar por los demás.

Mientras que, (Covey 2002), plantea que el liderazgo basado en valores y tendrá como consecuencia un buen , porque éste tipo de líder puede enfrentar situaciones difíciles tomando siempre en cuenta sus valores.

Algunos estudiosos del liderazgo basado en valores aseveran que quienes lideran en base a valores, fomentan las virtudes morales cuando buscan cambiar las actitudes y conducta de sus seguidores. Todo lo contrario sucede con los líderes inmorales que aprovechándose de su "carisma" dirigen a sus seguidores hacia sus fines egoístas y despóticos. Por lo que los líderes morales (defensores públicos) deben poner su carisma al servicio de la sociedad, especialmente de los más desprotegidos.

¿Cómo motivar al equipo de trabajo?

Como dice (Manzanilla 2015) “la motivación, el amor por el trabajo y la pasión por ir a la oficina cada día depende del líder”

Se puede ver en el ambiente laboral, departamentos y unidades, equipos completamente motivados, mientras que otras dependencias transmiten desilusión, aburrimiento, carencia de deseo de trabajar, la diferencia finalmente está en el liderazgo que ejerce el jefe.

A continuación se presentan cuatro comportamientos que podrían estar afectando la motivación en el área laboral.

a) Destrucción del sentido de certeza:

En toda organización lo importante es la certeza del líder, cuando éste genera *i n c e r t i d u m b r e*, automáticamente destruye la motivación y la pasión por la Institución, ¿cómo genera el líder incertidumbre?

1. Falta de integridad: Realizando acciones graves, tales como utilizar activos de la Institución para beneficios personales.

2. Falta de toma de decisiones: Cuando no sabe tomar decisiones oportunas, destruye el

sentido de certeza del líder, los seguidores se sienten confiados cuando el líder sabe tomar decisiones a pesar de no tener toda la información a mano.

3. Falta de constancia: El cambio de parecer cada día con respecto a las actividades que debe realizar el equipo, muestran que no saben realmente a donde quieren llegar.

4. Falta de consistencia en sus reacciones: El líder que no sabe manejar su inteligencia emocional, destruye el sentido de certeza en su ambiente laboral.

b) Destrucción del sentido de completitud:

Los colaboradores necesitan completar sus tareas, todos desean sentirse realizados en sus labores, sentir la satisfacción de ver finalizado su trabajo.

Los líderes–jefes que continuamente cambian los proyectos, trasladan

personas de una actividad a otra, dejando las actividades sin finalizar, destruyen la motivación al trabajo.

que todos la vivan, para lo cual deberá establecer normas que deberán cumplirse.

c) Destrucción del sentido de confianza:

El líder, tiene el poder de construir la confianza de sus colaboradores en sí mismos o bien de destruirla, aquél líder que genera duda en la capacidad de sus colaboradores, construirá organizaciones mediocres y desmotivadas; en cambio, cuando sabe reconocer las habilidades, brindarles retroalimentación (feed back) positiva y orientarlos en su crecimiento, creará organizaciones motivadas y leales.

d) Destrucción del sentido de comunidad:

Un líder que dentro del ambiente de trabajo, permite la negatividad y el chisme, destruye la motivación.

El líder debe ser cuidadoso de la cultura organizacional, debe comunicarla y lograr

¿Cómo debe manejar la inteligencia emocional el defensor público?

• ¿Qué son las emociones?

Daniel Goleman, entiende emoción como: "Un sentimiento que afecta a los propios pensamientos, estados psicológicos, estados biológicos y voluntad de acción"

• ¿Qué es inteligencia emocional?

Es la capacidad de reconocer nuestros propios sentimientos y los ajenos, de motivarnos y de manejar bien las emociones, en nosotros mismos y en nuestras relaciones. (Goleman 1995)

Como defensor público ¿dónde debe usar la inteligencia emocional?:

- En el trabajo.
- En el desarrollo personal de las personas.

- En toda relación del ser humano.
- En la crianza y educación de los hijos.

Ventajas de la inteligencia emocional

- Comunicación eficaz.
- Bienestar consigo mismo y el entorno.
- Muy buen ambiente laboral.
- Motivación puesta al servicio de metas.
- Mejora en trabajo de equipo.
- Relaciones efectivas con los clientes.

Un buen defensor público es aquel que nunca pierde el control, se enfrenta a sus luchas, olvidándose de sus problemas personales y confía completamente en sí mismo. También se distingue por saber escuchar a los suyos y por mantener una buena comunicación.

El liderazgo es una capacidad que todos deben potenciar, porque en cualquier momento tendrán la oportunidad de ponerla en práctica; por lo tanto, es necesario que tengan en cuenta las implicaciones que la inteligencia emocional tiene que jugar. Para un defensor público la inteligencia emocional es esencial para el éxito.

Según Goleman (1995) hay cinco elementos principales de la inteligencia emocional:

- Conciencia de sí mismo.
- La autorregulación.
- Motivación.
- Empatía.
- Las habilidades sociales.

Cuanto mayor sea la capacidad del líder para administrar cada una de estas áreas, mayor será su inteligencia emocional.

1. Conciencia de sí mismo:

El defensor público al ser consciente de sí mismo, siempre sabrá cómo se siente, sabrá cómo sus emociones y sus acciones pueden afectar a las

personas que se encuentran a su alrededor. Ser consciente de sí mismo, ayuda a tener una imagen clara de las fortalezas y debilidades, lo que lleva a un comportamiento de humildad.

2. Autorregulación:

El defensor público que se autorregula eficazmente, difícilmente ataca verbalmente a las personas, tampoco toma decisiones a la ligera, siempre es prudente tomando en cuenta sus valores.

La autorregulación es lo que ayuda a mantener el control. Este elemento de la inteligencia emocional, cubre también la flexibilidad y el compromiso de un líder con la responsabilidad personal. (Goleman 1995)

3. Motivación:

Un líder auto-motivado trabaja en forma constante encaminado hacia sus objetivos, posee estándares altos para realizar con calidad su trabajo.

4. Empatía:

Para los defensores públicos, tener empatía es primordial para la realización de su ejercicio laboral, debido a que se relacionan con el público en general, lo cual repercutirá en un trabajo de servicio exitoso. Los líderes con empatía tienen la capacidad de ponerse en la situación de otra persona.

Siendo empáticos pueden apoyar a las personas de su equipo a desarrollarse, desafían a otros que están actuando injustamente, dan una retroalimentación constructiva, y escuchan a los que los necesitan.

Si quiere ganar el respeto y la lealtad de los demás, debe ser empático.

5. Habilidades sociales:

Los defensores públicos que logren dominar las habilidades sociales de la inteligencia

emocional, serán grandes comunicadores. Serán igual de abiertos a escuchar malas noticias, así como buenas noticias, serán expertos en apoyar a los suyos y a todas aquellas personas que les soliciten su ayuda.

Referencias Bibliográficas

1. Cubides S. Nelson “La fuerza de un propósito” Ediciones Fundel. 2012. Bogotá.
2. Goleman, Daniel “Inteligencia emocional” Editorial Kairos, 2000, España.

Referencias Electrónicas

1. <http://www.altonivel.com.mx/21997-que-es-el-liderazgo-de-servicio.html>
2. <http://es.calameo.com/books/00102421130b1a3b7161b>
3. <http://www.pymesdominicanas.com/articulos/chichi-valores.php>
4. <http://blogs.cnnexpansion.com/soy-competitivo/2013/09/18/los-lideres-tambien-se-atreven/>
5. <http://www.liderazgohoy.com/4-destructores-de-la-motivacion-de-tu-equipo/?pdref=1>
6. <http://lamenteesmaravillosa.com/inteligencia-emocional-en-el-liderazgo/>



**Delitos de peligro abstracto como
forma de adelantamiento
de la culpabilidad**

Delitos de peligro abstracto como forma de adelantamiento de la culpabilidad

Dr. José Gustavo Girón Palles

La teoría del delito como un método de análisis de la conducta humana, en una forma secuencial establece que para configurar la existencia de un delito debe existir inicialmente una conducta humana de acción u omisión, voluntaria que encuadre en alguno de los tipos penales establecidos en la ley sustantiva (conducta típica), además causar un resultado lesivo o poner en peligro el bien jurídico tutelado. En esta forma se abarcan los conceptos conducta típica y antijurídica, desde luego que no existan causas de justificación.

En ese orden de ideas, el siguiente elemento a analizar será la culpabilidad desde un punto de vista dogmático como un reproche al autor de una conducta típica y antijurídica, siempre y cuando éste pueda comprender su conducta y determinarse por ella, poseer un desarrollo adecuado de su facultades físicas y mentales, que conozca la norma jurídica y la comprenda,

finalmente no deben existir causas de inexigibilidad o de inculpabilidad. Si carece de alguno de estos presupuestos no habrá culpabilidad y por lo tanto no se configura el concepto delito para la imposición de una pena, excepto los casos en donde por ausencia del elemento capacidad de culpabilidad o inimputabilidad, se podrá juzgar a la persona por el procedimiento específico para la imposición de una medida de seguridad y corrección.

En este sentido hay delito con la concurrencia de los elementos que configuran el concepto analítico del delito y el siguiente paso será graduar la culpabilidad para la imposición de la pena, o la necesidad de una medida de seguridad y corrección y así procurar la prevención especial y general en el condenado.

En el caso de imposición de penas, vea el lector los pasos necesarios para llegar a la

culpabilidad, no obstante desde hace algunos años ha venido en desarrollo el adelantamiento de la culpabilidad, otros autores se refieren al adelantamiento de la punición, pero en ambos casos hay salto o no se toma en cuenta la antijuricidad material por no haber un daño efectivo al bien jurídico, y en unos casos ni siquiera peligro para el mismo. El adelantamiento de la culpabilidad se puede observar en: a) la punición de los actos preparatorios por ejemplo, los tipos penales de conspiración y asociaciones ilegales; b) la tentativa, y, c) los tipos penales de peligro.

Los tipos penales según la intensidad del ataque al bien jurídico se pueden clasificar en delitos de resultado y delitos de mera actividad. En los primeros hay un daño efectivo o lesión al bien al bien jurídico, o casos en los que no ha ocurrido una afectación sobre el bien objeto de protección jurídico penal, pero éste se ha puesto en peligro, dogmáticamente se penaliza precisamente la puesta en peligro que el agente ha ocasionado sobre el mismo, nos referimos dentro de este primer grupo a los tipos de peligro.

Por ejemplo, el tipo penal Abandono de niños y de personas desvalidas: “Quien abandonare a un niño menor de diez años, o a una persona incapaz de valerse por sí misma, que estuviere bajo su cuidado o custodia será sancionado con prisión de seis meses a tres años. Si a consecuencia del abandono ocurriere la muerte del abandonado, la sanción será de tres a diez años de prisión. Si sólo se hubiere puesto en peligro la vida del mismo o le haya producido lesiones la sanción será de tres meses a cinco años de prisión.” (Artículo 154 Código Penal). En este tipo penal, la conducta consiste en abandonar a un niño menor de diez años, o a una persona incapaz que estuviere bajo el cuidado o custodia del autor.

El bien jurídico es la vida o integridad de las personas, por lo que el deber jurídico consiste en cumplir con el deber de cuidado o custodia con las personas que indica el supuesto. Hay resultado de daño, si como efecto del abandono ocurra la muerte o se produzcan lesiones en la persona abandonada, y resultado de peligro cuando como consecuencia de la conducta típica se ha puesto en riesgo su vida la vida del sujeto pasivo.

Estos tipos penales tienen su fundamento en el adelantamiento de protección a bienes esenciales como la vida, la integridad personal, la salud, etcétera. En el segundo grupo, los delitos de actividad o mera actividad basta con realizar la conducta prohibida para que el autor sea penalizado aunque no haya lesión o puesta el peligro concreto al bien jurídico, por ejemplo, los delitos de posesión de cantidades mínimas de drogas, armas prohibidas, municiones prohibidas, pornografía infantil.

1. Los tipos de peligro y la dogmática penal

Los tipos de peligro son aquellos en donde el bien jurídico se pone en una situación de riesgo, y en consecuencia se penaliza la conducta del autor. Para comprender los tipos penales de peligro, es necesario entender el concepto peligro que de una forma general es la mayor o menor probabilidad de un resultado dañoso, de más o menos elevada posibilidad de su producción, en donde el bien jurídico se encuentra en una situación de

riesgo, incontrolable por el sujeto que realiza la conducta. “El bien jurídico se encuentra en una situación en que su lesión no puede ser evitada con seguridad a través de los medios normales, en la que se deja la existencia del bien jurídico a merced del curso causal que el sujeto ya no puede controlar” (Rodríguez, Teresa, 2004: 57)

2. Responsabilidad penal en los delitos de peligro

Como elementos del tipo sistemático subjetivo encontramos el dolo y la culpa. El dolo como conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo, en los delitos de peligro será un dolo de peligro, en donde el elemento intelectual es el conocimiento de los elementos descriptivos o normativos del tipo, por ejemplo conciencia de la concreta peligrosidad de su actuación como adelantar o rebasar en curva, y en el elemento volitivo el querer, aceptar o conformarse con el peligro.

Los tipos de peligro dolosos, se pueden analizar con la

clasificación tripartita del dolo (dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias, y dolo eventual).

Los delitos de peligro culposos, suponen una puesta en peligro por descuido sin decisión o voluntad de poner en peligro, admiten imprudencia inconsciente con una actuación peligrosa descuidada por inadvertencia del peligro respecto de la lesión y de la puesta en peligro. Y en la imprudencia consciente hay duplicidad del peligro, por admitir la posibilidad de un resultado peligroso para el bien jurídico pero el autor confía en su habilidad para evitarlo.

Hay tipos penales como el de Contaminación Industrial que admite responsabilidad dolosa o culposa: “Se impondrá prisión de dos a diez años y multa de tres mil a diez mil quetzales, al Director Administrativo, Gerente, Titular o Beneficiario de una explotación industrial o actividad comercial que permitiere o autorizare, en el ejercicio de la actividad comercial o industrial, la contaminación del aire, el suelo las aguas, mediante

emanaciones tóxicas, ruidos excesivos, vertiendo sustancias peligrosas o desechando productos que puedan perjudicar a las personas a los animales o plantaciones.

Si la contaminación fuere realizada en una población o en sus inmediaciones, o afectare plantaciones o aguas destinadas al servicio público se aumentará el doble del mínimo y un tercio del máximo de la pena de prisión.

Si la contaminación se produjere por culpa se impondrá prisión de uno a cinco años de multa de mil a cinco mil quetzales.

En los dos artículos anteriores la pena se aumentará en un tercio si a consecuencia resulta una alteración permanente de las condiciones ambientales o climáticas”. (Artículo 347 “B” Código Penal) En este tipo penal inicialmente el bien jurídico es la salud colectiva, pero después se amplía al medio ambiente y en ambos casos se trata de bienes colectivos o difusos, bienes que regularmente tutelan los tipos de peligro.

3. Clasificación de los tipos de peligro

Tradicionalmente estos tipos penales, se clasifican en tipos de peligro concreto y tipos de peligro abstracto, “En los primeros el tipo requiere la concreta puesta en peligro del bien jurídico: el peligro es el resultado típico. En los de peligro abstracto, por el contrario se castiga una acción “típicamente peligrosa” o peligrosa “en abstracto”, en su peligrosidad típica, sin exigir que en el caso concreto se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido” (Rodríguez, Teresa, 2004:30)

Aunque en los Códigos Penales o leyes penales especiales aparecen con el nombre de delitos, o algunas tratadistas se refieran a delitos en vez de tipos penales, la diferencia es el plano normativo y el nivel fáctico. Tipos penales la descripción de la conducta prohibida realizada por el legislador en una norma jurídica penal, mientras que el delito se refiere al nivel fáctico después analizar la conducta por medio de la teoría del delito, por ejemplo el razonamiento sobre la existencia del delito que hacen los jueces en el artículo 386 del Código

Procesal Penal en la deliberación como tribunal de sentencia colegiado o unipersonal. No obstante para efectos de este tema, tipo penal o delito abarcan la misma idea.

Para Lucas Yancarelli (2001:3) “ Los delitos de peligro abstracto son conductas tipificadas por el legislador y definidas en base a estadísticas generales que las presentan como presuntamente peligrosas por variadas razones ante la sociedad en su conjunto, pero que no lesionan el bien jurídico individual o colectivamente considerado, ni lo colocan en peligro evidente, ni tienen una víctima definida, adelantando de ese modo el poder punitivo del estado con criterios de política criminal prevencionales de otras conductas más graves, es decir al estadio previo de estas, que hipotéticamente sucederían si no se atacaran penalmente y previamente”.

Hay adelantamiento de la responsabilidad penal y en consecuencia de la punición, porque el Estado pretende prevenir resultados dañosos para bienes jurídicos, con base a estadísticas que al final solo reflejan la existencia de un Derecho Penal Simbólico que aspira a dar una sensación de

confianza al ciudadano, pero que no disminuye la criminalidad que trata de evitar. Por esa razón, más adelante se tratará el tipo penal de Portación Ilegal de Arma de Fuego de uso Civil y/o Deportivo.

Aunque para el profesor Raúl Zaffaroni, (2009:10), el peligro abstracto es una invención toda vez que no hay afectación al bien jurídico. “No existe ofensa al bien jurídico en caso de posibilidad de peligro (peligro de peligro o peligro remoto), que en la tentativa llevaría a un peligro remotísimo, tampoco cuando el peligro se pretende presumido *juris et de jure*. Por ello no hay ofensa por peligro abstracto, y no es válida la distinción entre peligro concreto y abstracto: todos los peligros típicos deben ser concretos o no son peligros”.

En los delitos de peligro abstracto hay vulneración al principio de ofensividad y constituyen expresión de un Derecho Penal autoritario. En ese orden de ideas, el resultado de peligro en los delitos de peligro abstracto es de muy remota o lejana producción y lo que se castiga no es la conducta de poner en peligro al bien jurídico, sino

la desobediencia a la norma, sin la existencia de antijuricidad material.

4. Juicio de peligro

Para establecer si peligro es concreto o abstracto, es importante realizar un juicio de peligro desde la perspectiva de la conducta de acción u omisión *ex ante* o peligrosidad de acción, y después de realizada la acción *ex post* o resultado de peligro, que en todo caso es la base para establecer el curso causal de la conducta con el resultado, por ejemplo, con los criterios de la imputación objetiva hay *ex ante* en la creación de un riesgo permitido, e imputación del comportamiento cuando ese riesgo permitido haya producido un resultado que consista *ex post* en un peligro para el bien jurídico (imputación de del resultado de peligro).

“El juicio de peligro coincide básicamente con el juicio de previsibilidad objetiva. Se trata de un juicio *ex ante*, pues *ex post* si el resultado no se ha producido es porque no concurrían las condiciones necesarias para ello. La acción no era peligrosa.

El juicio ha de ser realizado por una persona inteligente (el juez), colocada en la posición del autor, en el momento del comienzo de la acción y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por la persona inteligente, más las conocidas por el autor (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales (saber nomológico). Si la producción del resultado aparece como no absolutamente improbable la acción era peligrosa". (Cerezo Mir, José, 2002:49)

5. Características de los delitos de peligro abstracto

5.1. Constituyen una presunción de peligrosidad en contra del imputado creado por el legislador (*iure et de iure*). Es por ello que en éstos delitos procesalmente no se permite acreditar el resultado de peligro, a diferencia de los delitos de peligro concreto que admiten prueba en contrario bajo la presunción *iuris tantum*, el autor puede probar, en el caso concreto, que el resultado de peligro requerido por la norma no se verificó, siendo la figura en ese caso atípica.

Un ejemplo será el tipo penal de Responsabilidad de Conductores (Art. 157 Código Penal), en el segundo supuesto refiere la conducción de "vehículo de motor con temeridad o impericia manifiesta o en forma imprudente o negligente, poniendo en riesgo o peligro la vida de las personas, su integridad o sus bienes o causando intranquilidad o zozobra públicas". Aquí la acción típica consiste en la conducción temeraria y resultado típico es poner el riesgo o peligro la vida de las personas. Aunque la redacción del bien jurídico refiere a una colectividad (vida de las personas) basta con que se ponga en peligro una vida para que se configure el resultado que es el peligro.

Los delitos de peligro abstracto no admiten prueba en contrario, no permiten que el autor acredite el resultado bajo la presunción *iure et de iure*, basta con la realización de la conducta para su consumación. El primer supuesto del tipo penal en cuestión, se refiere a conducir "un vehículo de motor bajo influencia de bebidas alcohólicas o fermentadas, fármacos, drogas

tóxicas o estupefacientes”, la acción típicamente peligrosa es conducir el vehículo bajo el efecto de bebidas alcohólicas o de drogas sin que exista un resultado que en el presente caso sería poner en peligro la vida de las personas. Se castiga la acción típica por la violación del precepto penal propiamente dicho. En todo caso no se debe confundir la prueba en contrario del resultado de peligro con la prueba de alcoholemia para acreditar los niveles altos de consumo de licor que son dos aspectos diferentes. En ese sentido desde 1969 el “X Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, en las conclusiones, entre ellas leemos que la sección primera considera: (...) que el sistema de peligro presunto debe ser atentamente dosificado y debe admitir la posibilidad legal de una prueba contra esa presunción” (Rodríguez Devesa, 1969:275)

5.2. No producen un resultado de lesión o resultado de peligro y los bienes que protegen son generalmente difusos e imprecisos por no tener una víctima definida, el Estado en el ejercicio del poder punitivo

adelante la culpabilidad como prevención de otras conductas mas graves es un plano de respuesta anticipada que pueden o no suceder. Por ejemplo que con portar ilegalmente una arma de fuego de uso civil y/o deportivo, se pueda quitar la vida a alguna persona. Que con portar cantidades mínimas de droga se pueda afectar la salud colectiva de la sociedad, en ambos ejemplos para prevenir la muerte de personas o la salud colectiva como lesión muy remota a los bienes jurídicos antes descritos.

5.3. Hay adelantamiento de la culpabilidad, pues considera a las conductas reguladas como delitos de peligro abstracto actos preparatorios para la comisión de otros delitos, y son el reflejo de un Derecho Penal Simbólico porque brinda una impresión de consoladora protección a la sociedad, aunque no disminuya la criminalidad. Se criminalizan las posesiones de objetos peligrosos para el legislador como la posesión para el consumo o la portación de armas de fuego de uso civil y/o deportivo.

5.4. Se sanciona la desobediencia de la norma, pues se excluye el daño efectivo al bien jurídico protegido, se prescinde de resultado de peligro, se criminaliza la mera actividad sin producir un peligro concreto. Es por ello que los delitos de peligro abstracto son delitos de mera actividad en donde con solo realizar la conducta prohibida se tiene por consumado el delito, pues basta solo con la contradicción de la conducta realizada con lo establecido en la norma penal, antijuricidad formal.

6. El tipo penal portación ilegal de arma de fuego de uso civil deportiva

Se regula en el artículo 123 de la Ley de Armas y Municiones. “Portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas. Comete el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, quien sin licencia de la DIGECAM o sin estar autorizado legalmente porte armas de fuego de las clasificadas en esta Ley como de uso civil, deportivas o de ambas clases. El responsable de este delito será

sancionado con prisión de ocho (8) a diez (10) años inconvertibles y comiso de las armas”.

Inicialmente se piensa que este tipo penal corresponde a los delitos de mera actividad en donde para su comisión no se necesita la producción de un resultado lesivo para su penalización, como la muerte o afectación a la integridad física de una persona, sin embargo al hacer el análisis dogmático corresponde a un delito de peligro abstracto, aspecto que se infiere del Segundo Considerando de la Ley antes descrita, Decreto Número 15-2009 del Congreso de la República, que preceptúa: “Que la proliferación de armas de fuego en la sociedad guatemalteca pone en riesgo la vida e integridad física de la mayoría de habitantes de la República, debido a la relación existente entre hechos violentos y armas de fuego, lo que hace necesario que se regulen las formas y medios por los cuales una persona puede ejercitar sus derechos de tenencia y portación de armas de fuego, de conformidad con lo establecido en la presente Ley”.

De este considerando se extraen los siguientes elementos:

- a) La existencia de un peligro o riesgo para el bien jurídico derecho a la vida o la integridad física de las personas;
- b) El bien jurídico es colectivo o difuso (la mayoría de los habitantes de la República);
- c) Dispone una relación existente entre hechos violentos y armas de fuego; y,
- d) La necesidad de regular el uso de armas de fuego;

Con este razonamiento, se esperaba que con la nueva Ley de Armas y Municiones al aumentar la pena por la conducta prohibida, disminuyeran las muertes violentas que ocurren en Guatemala, y aunque no se presenten estadísticas es un hecho notorio que, además de la penalización de la conducta, y el aumento de las penas esta medida político criminal no ha sido efectiva. Pues la sanción se incrementó diez veces más, inicialmente tenía una pena de 6 meses a 1 años de prisión (artículo 97 “A” Ley de Armas y Municiones Derogada) y actualmente tiene de 8 a 10 años de prisión, la pena mínima aumentó 16 veces que corresponde al 1600%, y la máxima 10 veces equivalente a un 1000%.

Según esta normativa, la persona que porte una arma de fuego civil o deportiva con la licencia correspondiente no pondría en peligro el bien jurídico vida o la integridad de algún elemento de la colectividad, por lo que la conducta penalizada en la portación del arma de fuego sin la licencia respectiva, aunque no haya un peligro concreto para los ciudadanos, se castiga la violación a la desobediencia a la norma, de lo que se infiere que los delitos de peligro abstracto equivalen a los delitos de mera actividad y viceversa. “En consecuencia los delitos de peligro abstracto son delitos de mera actividad que se consuman con la realización de la conducta supuestamente peligrosa y el juez no tiene que entrar a valorar si esa peligrosidad podría o no ocasionar el daño”. (Villamor, Fernando, 2002:1)

Quedó claro entonces que en la conducta de portar un arma de fuego de uso civil y/o deportivo es un delito de peligro abstracto porque la misma no produce un resultado lesivo para los bienes jurídicos que tutela (peligro para los derechos de la vida e integridad de las personas),

de esta forma “es la desobediencia a la norma, y se prescinde de la concurrencia del daño, el que sólo se hipotetiza. De este modo se busca una completa fidelidad en la norma por parte del individuo, castigándose la mera inobservancia legal y se desecha por completo el resultado lesivo o al menos la concurrencia de un peligro concreto y verificable”. (Lucas Yancarelli, 8:2011)

7. Argumentos para la defensa de una persona imputada de portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivo

Independientemente del caso concreto, en algunas circunstancias si la persona desconoce la prohibición de la norma penal, se podría plantear un error de prohibición directo, aspecto que de proceder exime la culpabilidad, sin embargo, en el caso que el desconocimiento de la norma sea superable o vencible se podría optar por un criterio de oportunidad, fundamentado en la responsabilidad penal mínima.

En la misma forma si el arma incautada no está en perfectas

condiciones según el peritaje que se realice, no dispara, etcétera, no habrá jamás desvalor de resultado de peligro, pues éste se encuentra muy alejado de su producción. La idea es que la defensa pueda construir una estrategia basada en aspectos dogmáticos, criminológicos y político criminales en el planteamiento de un criterio de oportunidad basado en responsabilidad mínima.

Para el análisis dogmático hay que tener en consideración los presupuestos procesales del criterio de oportunidad regulados en el artículo 25 del Código Procesal Penal que consisten en “Cuando el Ministerio Público considere que el interés público o la seguridad ciudadana no están gravemente afectados o amenazados, previo consentimiento del agraviado y autorización judicial, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en los casos siguientes: (...) 4) Que la responsabilidad penal del sindicado o su contribución a la perpetración de delito sea mínima.”

Por interés público debe entenderse una utilidad para toda colectividad no para un pequeño grupo o sector de la sociedad

denominado equivocadamente clamor popular, o grupo de personas que simpatizan con la víctima, y seguridad ciudadana como “el conjunto de condiciones que garantizan la integridad de los derechos de las personas así como los preservación de las libertades, el orden y la paz públicos”. (Binder, en Paz y Paz, 2003: 29).

En el delito de Portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivo, no están gravemente afectados por el interés público y la seguridad ciudadana pues para ello es importante realizar el análisis de la responsabilidad penal mínima por ocurrir culpabilidad mínima. Para ello es necesario considerar los elementos de la culpabilidad tales como la capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuricidad, exigibilidad de la conducta, y contrastarlos con la parte negativa de éstos como son la incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad (Art. 23 Código Penal), el desconocimiento de la antijuricidad y las causas que eximen de responsabilidad penal (Artículo 25 Código Penal), pues si estos existen no se configura la responsabilidad penal. Sin embargo, hay casos que la responsabilidad penal es mínima

y no debe tomarse en cuenta la cantidad de la pena que conlleva el tipo penal, porque no se trata del supuesto contenido en el artículo 25.3 del Código Procesal Penal, sino lo hay que explicar es la responsabilidad penal mínima. Para ello es importante tomar en consideración el desvalor de acción o de la conducta.

7.1. Argumento dogmático

En los casos de inimputabilidad mínima se estima la enfermedad mental, el desarrollo psíquico incompleto o estado mental transitorio que no son suficientes para excluir la responsabilidad penal, pero si para disminuirla tal como las atenuantes de inferioridad psíquica y estado emotivo reguladas en el artículo 26 numerales 1º y 3º del Código Penal, en el primer caso por disminuir la capacidad de comprender o de querer del sujeto, y en el segundo obrar por estímulos poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos u obcecación en el autor.

Los otros casos de responsabilidad mínima son la

ignorancia por la “falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuanto haya influido en su ejecución”, e inculpabilidad incompleta “las expresadas en el artículo 25 cuando no concurren los requisitos necesarios para excluir de responsabilidad en los respectivos casos”. (Artículo 26 incisos 9º y 13º Código Penal)

Si no existiera alguna circunstancia de las anteriores por desvalor de acción, la estrategia será argumentar el desvalor del resultado que tiene relación con la antijuricidad, pues la Portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportiva, es un delito de peligro abstracto porque no produce un daño o lesión a los bienes jurídicos como la vida o integridad de las personas, ni siquiera se pusieron en peligro concreto pues este bien jurídico es difuso o colectivo, y de remoto peligro.

La conducta que la ley cuestiona es la carencia de licencia para la portación del arma de fuego, una desobediencia a la norma que considera peligrosa la persona

que la transgredió, y al ser un delito de peligro abstracto no hay desvalor de resultado pues únicamente hay antijuricidad formal pero no antijuricidad material por ausencia de resultado de lesión a la vida e integridad de las personas, o por ausencia de un resultado de peligro concreto. Por lo que del análisis dogmático se puede inferir la existencia de la responsabilidad mínima como uno de los supuestos para otorgar criterio de oportunidad regulado en el artículo 25 numeral 4º del Código Procesal Penal.

7.2. Argumento crimonológico

Consiste en evitar de parte de las agencias de control penal la criminalización del imputado, pues dentro de la prisión hay muchas posibilidades de iniciar una carrera criminal, aspecto que se puede prescindir así como los daños colaterales que causa al procesado y a su familia la prisión preventiva. Desde luego, en el trámite habrá que presentar el oficio extendido por la Fiscalía de Ejecución del Ministerio Público, en donde consta que el procesado o

acusado no ha gozado con anterioridad del beneficio del criterio de oportunidad por el mismo bien jurídico. Por ejemplo posesión para el consumo, hurto, etc.

7.3. Argumento político criminal

El sistema acusatorio procesal penal, además de contar con procedimientos específicos diferentes al procedimiento común en donde la forma de finalizar el proceso es la sentencia, tienen los métodos alternativos de solución de conflictos dentro de los que se encuentra el criterio de oportunidad, que son parte de la política criminal del Estado de finalizar el proceso por medidas desjudicializadoras.

Además, su aplicación constituye una forma de enfrentar y disminuir el retraso en la tramitación de los procesos denominado mora judicial y llevar a juicio oral para resolver mediante una sentencia, los delitos de verdadero impacto social. En el presente caso la portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivo es un

delito de peligro abstracto, en el que no hay lesión ni resultado de peligro para los bienes jurídicos como la vida e integridad de las personas, en consecuencia interés público o la seguridad ciudadana no están gravemente afectados o amenazados.

8. Práctica judicial, reglas o abstenciones

En algunos Juzgados de Primera Instancia Penal, o en Tribunales de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el ambiente, se aplica el criterio de oportunidad en la Portación Ilegal de Arma de Fuego de uso Civil y/o Deportivo tanto en la ciudad de Guatemala, como en los departamentos de la República a petición de los fiscales del Ministerio Público. En estos casos habrá que continuar con las buenas prácticas judiciales.

Respecto de las reglas o medidas de abstención otros jueces imponen como reglas o medidas, que el imputado realice una donación de víveres por un valor hasta de un mil quetzales a un hogar de

ancianos, y otro lugar de beneficencia, decisión judicial que no está estrictamente regulada en el artículo 25 Bis del Código Procesal Penal, y se considera ilegal. En estos casos hay dos opciones, si el imputado o la familia consiguen el recurso económico para pagar tal donación no queda otra opción que aceptarlo, y en el supuesto que sean personas de escasos recursos económicos habrá que plantear recurso de reposición en relación a las reglas de abstención impuestas.

9. Conclusiones

- 9.1. Los tipos penales de peligro abstracto son una de las formas de adelantamiento de la culpabilidad, en ellos el legislador presume que el autor un peligroso criminal y no acepta prueba en contrario, no obstante el peligro es inexistente o de muy remota producción.
- 9.2. Los delitos de peligro abstracto son un reflejo de un derecho penal simbólico, en donde el legislador crea un sensación de confianza

en la población al regular estos tipos penales, se acentúa en los procesos penales que se tramitan en los juzgados y tribunales penales, pero la función de motivación de la norma, ni su enjuiciamiento (prevención general y especial) no reflejan una baja en las estadísticas de criminalidad.

- 9.3. El delito de Portación ilegal de Arma de Fuego de Uso Civil y/o Deportiva, corresponde según su afectación de bienes jurídicos a un delito de resultado denominado delitos de peligro abstracto, equivalente a los delitos de mera actividad en donde se penaliza la desobediencia a la norma jurídico penal, sin la existencia de un peligro concreto para el bien jurídico. Esta circunstancia de desvalor de resultado es la que hace encuadrable la conducta dentro de responsabilidad mínima, como uno de los supuestos para otorgar el criterio de oportunidad regulado en el

artículo 24.4 del Código Procesal Penal. El éxito al plantear esta estrategia de defensa consiste en presentar un argumento con contenido dogmático, criminológico y político criminal.

- 9.4. En Guatemala hay fiscales del Ministerio Público y Jueces con una comprensión del sistema acusatorio en Estado Democrático, que otorgan la figura de criterio de oportunidad por el Delito de Portación Ilegal de Arma de Fuego de Uso Civil y/o Deportiva.

Referencias Bibliográficas

1. Cerezo Mir, José. (2002) Los Delitos de Peligro Abstracto en el Ámbito de Derecho Penal de Riesgo. Revista de Derecho Penal y Criminología. 2ª época No 10.
2. Paz y Paz, Claudia. (2003) Módulo Medidas Desjudicializadoras. Instituto de la Defensa Pública Penal. 1 Edición, Guatemala.
3. Rodríguez Devesa, José María. (1969) Resultado y Delitos de Peligro. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Volumen XII. Número 34.
4. Rodríguez Montañez, Teresa. (2004) Delitos de Peligro dolo e imprudencia. Buenos Aires. Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores y Asociados.
5. Villamor Lucía, Fernando. (2002) Delitos de Peligro Abstracto. Una Aproximación al Derecho Penal del Enemigo. Portal Iberoamericano de Ciencias Penales. 2002. www.cienciaspenales.net.
6. Yancardelli, Lucas. (2011). Delitos de Peligro y su inconstitucionalidad. Asociación de Pensamiento Penal Sitio web: <http://pensamientopenal.org.ar/>
7. Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2009). Estructura Básica del Derecho Penal. Buenos Aires, Argentina: EDIAR.

**La observancia de los sistemas
jurídicos de los pueblos
indígenas de Guatemala
como derecho fundamental
garantizado en igualdad de condiciones
con el sistema jurídico oficial**



La observancia de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas de Guatemala como derecho fundamental garantizado en igualdad de condiciones con el sistema jurídico oficial

Licda. Lesbia Marleny Sis Chén

1. Los sistemas jurídicos

Se denomina sistema jurídico al conjunto de normas e instituciones que integran un derecho y que rigen una determinada colectividad. Frecuentemente, esta colectividad corresponde a un Estado soberano. Sin embargo, la noción de sistema jurídico no está necesariamente vinculada a la noción de Estado, pues en un mismo Estado pueden existir diversos sistemas jurídicos, como ocurre con Estados Unidos de América y el Reino Unido¹.

Savigny señala que todo sistema debe reflejar fielmente el espíritu y genio de las instituciones de un pueblo². Desde esa perspectiva, un sistema jurídico requiere: a) una concepción del

mundo, b) una forma de vida (cultura); y c) una manera de regular normativamente la existencia de una colectividad.

Si bien, se dice que los elementos esenciales de un sistema jurídico lo constituye la legislación que rige una colectividad y una autonomía legislativa, hay que considerar que el sistema jurídico es una idea distinta e independiente de la del Estado y de la legislación. Según Castán Tobeñas, hay sistemas jurídicos estatales y no estatales, los hay también no solo de base legislativa, sino de base judicial o consuetudinaria.³

Para facilitar el estudio de los sistemas jurídicos es necesario agruparlos en familias, esto es posible dado que son similares en

¹Estado Unitario comprendido por cuatro países constituyentes: Escocia, Gales, Inglaterra e Irlanda del Norte.

² Aguilar, Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales, Madrid, 1979, p. 740.

³ CastánTobeñas, José. Los sistemas jurídicos del mundo occidental. 2ª. Ed., Reus, Madrid, 1957, p. 5 y 6.

algunos aspectos y esto permite su clasificación en familias jurídicas.

Es posible clasificar los sistemas jurídicos en las familias siguientes: familia neorromanista, familia del Common Law, familia socialista, sistemas mixtos y sistemas religiosos.

El Common Law, significa derecho común, y su origen es la costumbre medieval inglesa. Es un derecho no escrito, que no reconoce en la ley, la fuente de derecho primordial. Los jueces en la aplicación del derecho se basan en otros fallos similares anteriores, que sentaron precedente.⁴

La jurisprudencia o precedente, como fuente de derecho presenta la ventaja de no dejar a los ciudadanos sujetos a decisiones legislativas que pueden ser obra del oportunismo político, y que correspondan a la realidad imperante en la sociedad a la que se destina.

En el Common Law se parte de un razonamiento inductivo. Se consideran las situaciones

particulares del caso, y luego se buscan los precedentes dados por hechos anteriores similares, que son vinculantes para el Juez.⁵ Es muy difícil cambiar decisiones en casos parecidos. Sin embargo, esto no implica que el commonlaw no evolucione, ya que las nuevas circunstancias sociales se van adaptando a cada nuevo caso, incorporando de esa manera variantes que se incluyen en resoluciones posteriores.

2. Pluralismo jurídico en Guatemala

Guatemala es un país multiétnico, pluricultural y multilingüe donde conviven veinticinco pueblos: veintidós pueblos Mayas, el pueblo Xinca, el pueblo Garífuna y el pueblo ladino.

La diversidad cultural refleja a su vez, la existencia de una diversidad jurídica, que implica la coexistencia de diversas formas normativas o de sistemas jurídicos distintos donde cada cultura fundamenta su sistema jurídico en principios, valores y visión del mundo

⁴ Disponible: <http://es.scribd.com/doc/34790816/Common-Law-Sistemas-Juridicos>

⁵ *Ibíd.*

propio; por lo que normativa, procedimientos y autoridades difieren de una cultura a otra. Esta diversidad jurídica deja de ser un asunto de simple coexistencia, cuando se enfoca desde una perspectiva pluralista, la cual implica equidad e igualdad de condiciones.

La Antropóloga Gisela Mayen, indica que el pluralismo se fundamenta en dos derechos, el derecho a la diferencia y el derecho a la participación, lo que significa el respeto y el reconocimiento de las diferencias culturales y de las identidades étnicas y los derechos específicos de los pueblos indígenas, como base para la relación entre el Estado y los pueblos.⁶

Como se estableció, un sistema jurídico está compuesto por autoridades, normas, procedimientos e instituciones que regulan la vida de la comunidad y resuelven conflictos de acuerdo con su cultura (22 Mayas, 1 Garífuna y 1 Xinca). Entonces, en un país pluricultural como Guatemala donde conviven más de veinticinco culturas, siendo

veinticuatro de ellas, de pueblos indígenas, es factible hablar de sistemas jurídicos indígenas, no de sistema jurídico indígena.

3. Sistemas jurídicos de los pueblos indígenas guatemaltecos

Los sistemas jurídicos en general, tienen como función principal la regulación de las relaciones sociales por medio de normas que se fundamentan en principios filosóficos y valores éticos y morales, propios de la cultura. Los sistemas jurídicos indígenas como todo sistema jurídico, poseen un orden normativo, sanciones para castigar conductas infractoras; autoridades con facultades para emitir y modificar normas, imponer sanciones y castigar la conducta de quienes no actúen conforme a las normas establecidas, así como procedimientos para juzgar.

La función principal de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas guatemaltecos en general, es mantener o restablecer la armonía y el equilibrio en las relaciones entre

⁶ Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES). Valoraciones sobre pluralismo jurídico y el sistema jurídico propio de los pueblos indígenas. Guatemala. 2010. P. 11.

las personas, la comunidad, la sociedad y lo sagrado. Se fundamentan en valores como el respeto, el deber y la obediencia, y entre sus principios se encuentran el resarcimiento, el perdón y el arrepentimiento.⁷ Cuentan con códigos normativos, generalmente no escritos, que regulan la convivencia. Las normas y sanciones varían de una comunidad a otra, pero comparten ciertos fines, como reparar el daño y castigar la conducta infractora.

Al igual que en el Common Law, los sistemas jurídicos indígenas se nutren del derecho consuetudinario, que a su vez surge de la costumbre. Con sus decisiones, crean precedentes. Comparten también fines superiores, tales como reparar el daño causado, restablecer el equilibrio y la armonía afectados por la acción infractora y reorientar al infractor.

4. La observancia de los sistemas jurídicos de los pueblos como un derecho fundamental

a) Artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala

Este artículo reconoce la diversidad cultural del país y sus particularidades, al establecer que el Estado reconoce, respeta y promueve las formas de vida, costumbres, tradiciones, idiomas, y formas de organización social de los pueblos indígenas. La organización social se refiere a las formas de organización de una sociedad para el logro de sus objetivos, lo cual incluye autoridades, normas propias, instituciones, procedimientos, sanciones y los elementos necesarios para garantizar la convivencia armónica de la comunidad.

Este artículo no es el único fundamento constitucional del derecho a la observancia de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas de Guatemala.

b) El preámbulo constitucional

De su estudio se deduce la naturaleza jurídica del derecho guatemalteco. Su naturaleza es híbrida. Esto se explica de la manera siguiente: es dualista en virtud que reviste caracteres de la corriente ius positivista, al establecer que el Estado es responsable de la consolidación del

⁷ Ibíd.

régimen de legalidad; pero, por otro lado, se funda en la corriente ius naturalista al establecer que además del régimen de legalidad debe consolidarse la seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz, que deben estar inspirados en los ideales de nuestros antepasados y recogiendo nuestras tradiciones y herencias culturales; lo que evidencia su característica consuetudinaria, que atendiendo a la realidad guatemalteca debe ser plural.

Según la Corte de Constitucionalidad, el preámbulo de la Constitución Política contiene una declaración de principios que expresan los valores que los constituyentes plasmaron en el texto, siendo además una invocación que solemniza el mandato recibido y el acto de promulgación de la carta fundamental.

Si bien, no contiene una norma positiva, ni sustituye la obvia interpretación de disposiciones claras, podría constituir fuente de

interpretación ante dudas serias sobre alcance de un precepto constitucional.⁸

En ese sentido, no obstante su claridad, se ha cuestionado seriamente el alcance del precepto constitucional contenido en el artículo 66, frente a la disposición contenida en el artículo 203 constitucional, el cual norma que la función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales que la ley establezca, agregando que ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia.

La interpretación del alcance del precepto constitucional contenido en el artículo 66 debe vincularse a los principios y valores contenidos en preámbulo constitucional; que expresa que el régimen de derecho debe estar inspirado en los ideales de nuestros antepasados y debe recoger nuestras tradiciones y herencias culturales.

⁸ Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 1, expediente No. 12-86, página No. 3, sentencia: 17-09-86.

Asimismo, debe acudirse a los principios doctrinarios de Derecho Constitucional de concordancia práctica y eficacia integradora.⁹

Es necesario además, considerar que las propias formas de organización social de los pueblos indígenas, que incorporan el derecho a un propio sistema jurídico, forman parte de la libre determinación de los pueblos.

5. Los derechos contenidos en instrumentos internacionales como parámetro de constitucionalidad.

El 17 de julio de 2012, la Corte de Constitucionalidad dictó sentencia dentro del expediente 1822-2011. En esta sentencia se define y aplica, de manera innovadora el bloque de constitucionalidad, al cual incorpora los estándares

internacionales como parámetro de control de constitucionalidad de las leyes:

“... por vía de los artículos 44 y 46 citados, se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquéllas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tiene reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano. El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir, que determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquél son también

⁹ De acuerdo con estos principios, las normas constitucionales deben ser interpretadas en su contexto, como un conjunto armónico de preceptos en el cual todos los derechos que en ella se reconocen, precisan ser conciliados y ponderados desde un prisma hermenéutico en la solución de problemas exegéticos, y que a la vez, dicha interpretación hermenéutica se debe dirigir a potenciar la unidad política nacional que procura la Constitución, entendiendo esa unidad desde un prisma pluricultural y multiétnico. Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal. Expediente 01004-2012-01524 de fecha seis de noviembre de dos mil doce.

parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno.

Así, a juicio de esta Corte, el artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos...”

Este aporte constituye un avance importante para el respeto y aplicación de los derechos humanos. Además, debe tomarse en consideración que desde que los Estados ratifican un tratado o convención internacional de derechos humanos, se imponen el deber de cumplir las obligaciones jurídicas que asumen en el instrumento ratificado, por ende, estos instrumentos tienen fuerza vinculante.

Se tiene en el Derecho Internacional, la norma *pacta sunt servanda*¹⁰ que ordena a los Estados a respetar los tratados celebrados

por ellos. Por su parte, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece en su artículo 26 que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, el 27 dispone que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. De acuerdo con ello, todo actor de justicia está obligado a acatar y hacer cumplir estas normas. En cuanto al Convenio 169 de la OIT, los jueces deben aplicar su contenido teniendo en cuenta su primacía sobre otras normas y el principio *pro indígena* establecido en el artículo 35 del Convenio.

La incorporación de los estándares internacionales como parámetro para establecer la constitucionalidad de las leyes, constituye un aporte fundamental para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala, dado que los estándares internacionales regulan de manera específica el derecho a la observancia de los sistemas jurídicos de los pueblos originarios. Por ejemplo:

¹⁰ Locución latina que significa: “Lo pactado obliga”

a) El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes señala: "Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias... (artículo 8.2). "En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros" (artículo 9.1.).

b) La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece: "Los pueblos indígenas tienen

derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos" (artículo 34).

c) Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en condiciones de vulnerabilidad, regulan en la regla 48: "Con fundamento en los instrumentos internacionales en la materia, resulta conveniente estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, así como propiciar la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos."

6. El respeto a los derechos humanos fundamentales e internacionalmente reconocidos como limitación a la observancia del derecho de los pueblos indígenas

Es imprescindible analizar la visión que sobre los derechos humanos tienen los pueblos indígenas puesto que, suponen un límite a su jurisdicción especial.

Los derechos humanos en su origen constituyen una reacción contra los abusos del Estado, es decir, aparecen como derechos y libertades frente al Estado.

Los pueblos indígenas, cuentan con un sistema de autoridades legítimas, cuya función principal es mantener la armonía y el equilibrio de la comunidad. Así, el individuo constituye un miembro integrante de su comunidad y como tal, los conflictos no se presentan como un asunto entre dos individuos, sino que concierne a toda la comunidad, ya que se ha visto afectada su armonía y se ha roto el equilibrio material y espiritual.

Esto muestra la dificultad de aplicar el concepto clásico de derechos humanos a los pueblos indígenas. Como expone René Kuppe: “aunque abusos y atropellos, incluyendo violencia física, existen en esas sociedades, (...) no son debidos a la omnipotencia de un Estado 'leviatán', y los remedios no son las defensas del individuo dirigidas contra éste...La necesidad del recurso al sistema de derechos humanos es, en gran parte, una consecuencia de la corrupción y del disfuncionamiento de las instituciones tradicionales”¹¹.

Para los pueblos indígenas, mientras sus instituciones funcionen de acuerdo a sus tradiciones, con sus mecanismos de equilibrios sociales, se está defendiendo, protegiendo, la dignidad humana. Juan Gabriel Gómez Arabello, invocando a Jack Donnelly¹², remarca: “...pueden reconocerse en cada cultura formas diferentes de realizar la dignidad humana, distintas al paradigma occidental... si se realiza la dignidad humana (entendiendo ésta como el objetivo final de los derechos

¹¹ KUPPE, René. “Algunas observaciones sobre la relación entre las instituciones indígenas y los derechos humanos”, en *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indígenas: IV Jornadas Lascasianas*, UNAM, México, 1994, p. 47.

¹² Acerca de su libro “Derechos humanos universales. En la teoría y en la práctica”

humanos), sería incorrecto imponerles formas de justicia, acordes a los derechos individuales, forjados en Occidente¹³.

En la mayoría de Estados, donde conviven pueblos indígenas, existe un intencionado “victimismo” de la cultura indígena frente a la cultura dominante “occidental”, la que manipula el tema de los derechos humanos y su universalidad de acuerdo a sus propios intereses. FLACSO refiere los motivos de esta situación en su documento “Dos visiones de un mismo fenómeno”, los que se exponen brevemente:

a) Siempre se hace referencia a la concepción individualista de los derechos humanos, lo que corresponde con un pensamiento liberal occidental, pero en pocas ocasiones se considera la visión de derechos colectivos. Así, el pensamiento liberal se opone a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

b) Se afirma con acierto, que los pueblos indígenas son “cosmológicos” pues para ellos el ser humano no es el centro sino que se integra con la naturaleza, no es superior su naturaleza a otra, y de ahí se desprende la importancia de la comunidad y no del indígena considerado aisladamente. Pero, esto no significa que el indígena individualmente considerado, no cuente con derechos individuales que la comunidad debe respetar; los derechos de la colectividad, la armonía o la diversidad cultural, no son incompatibles con los derechos individuales tan esenciales como la vida o la prohibición de la tortura, tratos inhumanos o degradantes.¹⁴

En Guatemala, los pueblos indígenas Mayas no hablan de derechos humanos, pero existe el concepto de respeto, entendido como una filosofía de vida y perfectamente asimilable a los derechos humanos “occidentales”.

¹³ GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. “Sobre la articulación entre la justicia indígena y el sistema judicial nacional”, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1998, p. 188).

¹⁴ Facultad de Ciencias Sociales Programada Guatemala (FLACSO - Guatemala). Vid. LEAL, María Angela “ Dos visiones de un mismo fenómeno”, en Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indígenas: IV Jornadas Lascasianas, UNAM, ;México, 1994, pp. 57-65

Todas las culturas incorporan, aunque en terminología diferente, el objetivo de los derechos humanos y éstos, tal como regula el Convenio 169 de la OIT en su artículo 8, inciso 2, suponen un límite a sus instituciones y costumbres.

Esta disposición del Convenio 169, no debe interpretarse en su sentido textual ni restrictivo, ya que en cualquier sistema jurídico, la imposición de una pena vulnera justificadamente un derecho humano fundamental¹⁵ o internacionalmente reconocido. Por ejemplo: la prisión vulnera el derecho a la libre locomoción, la multa vulnera el derecho a la propiedad. Para algunos sistemas jurídicos indígenas guatemaltecos, el destierro constituye la sanción más grave a imponer a un miembro de la comunidad. Esta sanción implica una vulneración al derecho fundamental de la libertad de locomoción, de la misma manera que la pena de prisión. Pero, ambos encuentran su justificación en el poder coactivo de las autoridades para el cumplimiento de los fines de un grupo social, cuando se ve alterado el orden comunitario.

Todo sistema jurídico, sea de pueblos indígenas, o no indígenas, debe respetar los derechos humanos (universalmente concebidos, aún con diferente terminología) en su normativa, procedimientos, y sus sanciones deben ser acordes a los estándares internacionales de aplicación de penas. Es esta la limitación que en realidad prescribe el artículo 8, inciso 2 del Convenio 169.

7. Tipos de conflictos que pueden resolver los pueblos indígenas

Como se expuso en el punto anterior, la única limitación para la observancia de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, lo constituye el respeto hacia los derechos humanos. Fuera de ellos, no existe otra limitación a la facultad de administrar justicia por las autoridades legítimas de los pueblos indígenas. Ni la Carta Magna, ni los instrumentos internacionales regulan los tipos de conflictos que deben resolver los pueblos indígenas. De esa cuenta, con base en el principio

¹⁵ El cual se refiere a un derecho humano constitucional.

pro homine¹⁶ y pro indígena¹⁷, debe entenderse que los pueblos indígenas pueden resolver cualquier conflicto que se someta a su conocimiento.

8. Descripción de dos casos exitosos atendidos con pertinencia cultural por el Instituto de la Defensa Pública Penal, mediante los cuales a través de peritaje cultural se acreditó la intervención de autoridades indígenas legítimas en los hechos.

8.1 Caso Rubén Francisco Puac Baquiaux, procesado por el delito de coacción. Expediente de casación número 01004-2012-01524 de la Corte Suprema de Justicia

En primera instancia, el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y delitos contra el Ambiente del departamento de Totonicapán, tuvo por acreditados

los siguientes hechos: "El treinta de octubre de dos mil siete a las seis horas con treinta minutos aproximadamente, Francisco Rubén Puac Baquiaux llegó a la residencia de Lorenzo José Gutiérrez Barreno, ubicada en el paraje Xolcajá, del Cantón Poxlajuj, del municipio y departamento de Totonicapán. El primero de los mencionados iba acompañado de los señores Adrian Velásquez, Lucas Chaclan Tzul, Doroteo Chaclán Gutiérrez, Jorge Eloy Batz, Juan de León García, Mateo Barreno Gutiérrez, Guadalupe castro, María Chaclan, Carlos Antonio Velásquez, Herlinda Barreno Gutiérrez, René Tzul Gutiérrez, Lucas Chaclán Tzic, Byron Osvaldo Lacan y Santos Miguel Azul- sic. El señor Puac Baquiaux excavó con un azadón en el lugar donde se encuentra ubicado el tubo que conduce el agua potable y al encontrarlo, lo cortó con una sierra y le colocó un tapón al mismo para que quedara sellado." ¹⁸

¹⁶ Prerrogativas o potestades que se han otorgado a todo sujeto que tenga la condición de ser humano (que pertenezca a la especie humana), a fin de que se desarrolle plenamente en sociedad en su desarrollo vital.

¹⁷ Potestad mediante la cual priman las normas que otorgan más derechos o ventajas a los pueblos indígenas, no importando la fuente.

¹⁸ Hecho descrito en la casación número 01004-2012-01524 resuelta por la Corte Suprema de Justicia, con fecha seis de noviembre del dos mil doce. p. 1

La defensa técnica del señor Francisco Rubén Puac Baquix, al plantearse la teoría del caso estimó necesario visibilizar a través de un peritaje cultural, que la acción del procesado siempre estuvo enmarcada en el cumplimiento de una resolución dictada por la asamblea comunitaria del lugar donde acontecieron los mismos.

El abogado defensor Licenciado Pedro Ixchiu García, refirió que el objetivo al solicitar la práctica del peritaje cultural, independientemente de evidenciar que el actuar del procesado Francisco Rubén Puac Baquix al cerrar el paso del agua de la propiedad del agraviado se realizó en cumplimiento de una delegación recaída en su persona por resolución de la asamblea comunitaria del Cantón Poxlajuj, Totonicapán, fue además, mostrar que la dinámica de procedimientos en el derecho indígena, no es la misma que en el derecho oficial en el juzgamiento o resolución de conflictos o casos concretos.

El peritaje cultural efectivamente fue valorado por el

juez unipersonal de sentencia de Totonicapán, aunque no incidió en el fallo dictado por él, ya que condenó al procesado por el delito de coacción, lo cual motiva la presentación de las impugnaciones de ley.

No ocurre lo mismo ante los magistrados de la cámara penal de la corte suprema de justicia, quienes hacen una valoración expresa del peritaje cultural introducido como prueba y afirman como sustento del fallo, que del informe antropológico valorado positivamente por el juez unipersonal de sentencia en su oportunidad, se determina que dentro de la forma de organización de dicho grupo objetivo, el alcalde comunitario tiene sus atribuciones conforme a las finalidades de la comunidad, las cuales se encuentran bien delimitadas e incorporan la materialización de las decisiones de la asamblea comunitaria, y que ello implica reconocer la cosmovisión de los pueblos mayas, que confluye en sus formas de organización, usos y costumbres en cada comunidad.

Además, en esta sentencia, la Cámara Penal aporta lo siguiente:

“Es jurídicamente incorrecto condenar a una autoridad indígena, electa en procedimientos propios de la comunidad por dar cumplimiento a decisiones comunales... porque deja sin razón, contenido, materia y sentido el derecho indígena y desprotege los valores constitucionales de derecho a la cultura, la integridad, e impide la promoción de las formas de vida y organización indígena. Las normas penales tutelan valores constitucionales de trascendencia no al contrario.” (el resaltado es propio).¹⁹

En el presente caso, el alcalde comunitario que ejecutó diez meses después de impuesta la sanción subsidiaria de corte de agua potable contra el agraviado por la asamblea comunitaria, no constituye delito porque si e s t a b a a c t u a n d o legítimamente autorizado por la comunidad y sus procedimientos propios para ejecutar este tipo de

sanciones, mismas que devienen igualmente legítimas en atención al artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala. El afectado tuvo todo el tiempo para defenderse con los mecanismos propios del derecho Indígena ante las autoridades comunales. “²⁰ (el resaltado es propio)

Finalmente, la Cámara Penal declara procedente el recurso de casación, casa la sentencia impugnada, anula la dictada por el Tribunal de Sentencia de Totonicapán y absuelve al procesado Francisco Rubén Puac Baquix por el delito de coacción, dejándolo libre de todo cargo.

8.2 Caso Mario López Tiño, procesado por los delitos de Plagio o Secuestro y Violencia contra la mujer. Causa número 14029-2013-00516 del Juzgado de de Niñez, Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Quiché.

¹⁹ Ibíd. p. 18

²⁰ Sentencia dictada por la corte suprema de justicia dentro del recurso de casación número 01004-2012-01524 con fecha 6 de noviembre de 2012. p. 2

El presente caso fue defendido por el Abogado Rudy Orlando Arreola Higueros, Defensor Público de la Sede de Santa Cruz del Quiché. El caso concreto es el siguiente:

Mario López Tiño y Secundina Tipaz Loarca, se casan en septiembre del 2013, en su casamiento se observa el protocolo maya K'iche' de Santa Cruz del Quiché, la novia fue solicitada en un chilb'ej (pedida de novia) y el kulem (matrimonio maya) fue dirigido por los Kamal B'e (pedidores). Los recién casados se trasladan a vivir a la casa de los padres de Mario, como es la costumbre.²¹

En el mes de septiembre de 2013, Secundina Tipaz Loarca abandona a su esposo mientras este se encuentra trabajando en la ciudad de Guatemala. Al regresar de Guatemala, Mario la busca pero ella indica que no desea regresar a la casa de sus suegros.

El 4 de diciembre de 2013, Secundina busca a Mario López Tiño en una tienda por la tarde. Ella manifiesta que quiere regresar a vivir

con Mario, él acepta, pero al ingresar a la casa donde vivieron, ella se niega y empieza una pelea entre ellos, que llega a golpes. Mario indica que ella le quiso pegar y que él para defenderse la empujó, lastimándose. Secundina, indica que él la agredió con un machete.

El padre de Secundina, solicita la intervención de las Autoridades Mayas Modernas Comunitarias para solucionar conflicto post marital, quienes mandan a citar al padre de Mario López Tiño, don Santos López Ren, en el edificio de la Alcaldía Auxiliar en Lemoa. Las autoridades comunitarias son 4 alcaldes auxiliares, 2 alcaldes indígenas y 12 integrantes del Consejo Comunitario de Desarrollo (COCODE); cuando juzgaron el caso de Mario López Tiño solo participaron 8 autoridades, 2 alcaldes auxiliares y 6 COCODES.

Estas autoridades juzgaron los hechos y dictaminaron que Mario López Ren era culpable. El padre de Mario López Tiño, don Santos López Ren era Alcalde Indígena y el no participó en la aplicación del derecho maya, porque su hijo estaba

²¹ Barrios Escobar, Lina Eugenia. Peritaje cultural "Autoridades Mayas Modernas K'iche' de Santa Cruz del Quiché solucionan conflicto entre familias López Tiño y Tipaz Loarca". Página 20.

siendo juzgado. Según el peritaje cultural elaborado, esto demuestra la imparcialidad de la autoridad y del sistema jurídico maya.

El castigo impuesto a Mario López Tiño fue la aplicación de 60 xik'a'y en su torso por ser un delito grave y el resarcimiento de Q. 1,750.00 para recuperar la salud de Secundina, cantidad que se dio en dos pagos, el 5 de diciembre Q.250.00 y el 6 de diciembre Q.1,500.00; Mario pudo haber huido a la ciudad capital para no ser castigado, sin embargo, se quedó en Lemoa, aceptó los azotes y su familia pagaron la cantidad solicitada.

En este caso, el Lic. Arreola promovió la elaboración de un peritaje cultural, el cual fue aportado al proceso para acreditar que el caso ya había sido resuelto por autoridades indígenas legítimas.

Como resultado, el juez declara el sobreseimiento en el caso.

La labor del Instituto de la Defensa Pública Penal en la defensa de estos casos con pertinencia cultural, constituye un avance en el reconocimiento del pluralismo jurídico guatemalteco. Sin embargo,

las sentencias referidas no son las primeras en brindar un aporte a este reconocimiento. En el expediente 218-2003, la Cámara Penal declaró procedente el recurso de casación interpuesto por el Instituto de la Defensa Pública Penal y resolvió absolviendo al acusado del delito de robo agravado, ya que este había sido condenado por las autoridades de su comunidad. Nueve años después inicia nuevamente este reconocimiento, con las sentencias referidas.

En este esfuerzo, han sido los Defensores Públicos, quienes plenamente identificados con su trabajo y los ideales que inspiraron la creación de la Coordinación de Enfoque Intercultural y las Defensorías Indígenas, han roto paradigmas al exigir ante un sistema oficial racista y discriminador, el respeto a la aplicación del derecho de los pueblos indígenas y todo su sistema jurídico. De no ser por su heroica labor, no existiría el reconocimiento a favor de los sistemas jurídicos de pueblos indígenas, que se efectúa en las sentencias descritas.

Referencias Bibliográficas

1. Aguilar, Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales, Madrid, 1979.
2. Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES). Valoraciones sobre pluralismo jurídico y el sistema jurídico propio de los pueblos indígenas. Guatemala. 2010.
3. CastánTobeñas, José. Los sistemas jurídicos del mundo occidental. 2ª. Edición Reus, Madrid, 1957, p. 5 y 6.
4. Facultad de Ciencias Sociales Programa Guatemala (FLACSO- Guatemala). Vid. LEAL, María Angela. “Dos visiones de un mismo fenómeno”, en Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indígenas: IV Jornadas Lascasianas, UNAM, México, 1994.
5. Kuppe, René. “Algunas observaciones sobre la relación entre las instituciones indígenas y los derechos humanos”, en Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indígenas: IV Jornadas Lascasianas, UNAM, México, 1994, p. 47.
6. Gómez Albarello, Juan Gabriel. “Sobre la articulación entre la justicia indígena y el sistema judicial nacional”, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1998.

Referencias Normativas

1. Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala. Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala: Serviprensa, S.A. 2004.
2. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
3. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
4. 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condiciones de Vulnerabilidad.

Referencias Electrónicas

<http://es.scribd.com/doc/34790816/Common-Law-Sistemas-Juridicos>



**Conflictos de legalidad que
surgen de los juzgamientos
del derecho indígena
consuetudinario a la luz de la
normativa del derecho
nacional guatemalteco**

Conflictos de legalidad que surgen de los juzgamientos del derecho indígena consuetudinario a la luz de la normativa del derecho nacional guatemalteco

Lic. Marco Antonio Puga Castellanos

El presente trabajo tiene como fuente de inspiración, la entrevista que el señor alcalde ancestral de Sololá, me concediera la mañana del sábado 7 de junio de 2014. En el marco de la Justicia Transicional, el análisis se propone examinar los temas que generan mayor conflictividad, cuando el Derecho Nacional cuyas normas nacen por excelencia del proceso legislativo, desconoce o se niega a reconocer la importancia que para el proceso de paz revisten los juzgamientos realizados al amparo del Derecho Indígena, el cual se nutre de las costumbres. Por último, define una postura doctrinaria con respecto a la polémica abordada, y expone la justificación racional de tales conclusiones.

Antecedentes

Como lo explicara la autoridad ancestral consultada, el Derecho Indígena data de tiempos

inmemoriales y se ha venido ejerciendo en las comunidades de extracción maya, en forma sistemática hasta la actualidad. El consejo de ancianos de la comunidad, encabezado por el alcalde ancestral, que es el encargado de llevar a cabo la resolución de conflictos en casos voluntariamente sometidos a su jurisdicción por los sujetos procesales, es elegido democráticamente y sus fallos, arraigados en prácticas conciliatorias, son inapelables.

El sistema jurídico guatemalteco de corte neo romano, en cambio, es producto del proceso histórico que arranca en 1525, a raíz de la invasión española, y representa el Derecho impuesto por la clase dominante, aglutinada hoy día en el sector de los ladinos.

Este ordenamiento basa su legitimidad en la jerarquía de la Constitución Política como ley suprema, la cual, por virtud de lo que se establece en su artículo 203, monopoliza en forma absoluta la función de administrar justicia y criminaliza cualquier otro sistema fuera del de la Corte Suprema de Justicia y del Organismo Judicial.

El debate por las antinomias

De conformidad con el artículo 203 constitucional: “La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia”.

Este monopolio de tipo absolutista es defendido por la mayoría de jueces y magistrados, no tanto porque resulte racional a estas alturas de nuestra evolución histórico-jurídica, como por la sanción que el párrafo segundo del citado artículo tiene reservada para cualquier infractor: “A quienes atentaren contra la independencia

del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público”.

Quienes apoyan la susodicha postura, se fundamentan también en el artículo 57 de la Ley del Organismo Judicial que estipula: “La función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales establecidos por la ley, a los cuales corresponde la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado”.

De lo anterior deviene, según esa corriente, que los juzgamientos indígenas adolecen de inconstitucionalidad y que por esa circunstancia, huelga decir, son nulos de pleno derecho. Es obvio que quienes así piensan, reniegan de percibir las contradicciones de bulto que la propia Carta Magna contiene en relación con este tema, las cuales pasamos enseguida a considerar.

En el espíritu de los artículos 46, 58 y 66 de la Constitución Política, el legislador asume el principio de que los tratados y acuerdos internacionales en materia

de derechos humanos, suscritos y ratificados por Guatemala de conformidad con la ley, son instrumentos considerados no solamente como ley nacional, sino que además, tienen preeminencia sobre el derecho interno. Guatemala suscribió y ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, cuyos artículos 8 y 9 resultan fundamentales para contradecir la tesis absolutista que comentamos.

Para los efectos de este análisis resulta de primordial importancia subrayar que el artículo 203 constitucional no limita el ejercicio de la función jurisdiccional a los “tribunales que la ley establece”, sino que extiende aquella exclusividad absoluta a los demás tribunales “que la ley establezca”. Esta forma de conjugar el verbo a futuro, deja abierta la posibilidad de que en lo sucesivo puedan crearse, y de hecho se creen, nuevos tribunales competentes para ejercer la función de administrar justicia.

Pero lo que en este punto vale la pena destacar, siguiendo la lógica desarrollada por la propia Asamblea Nacional Constituyente, es que existen otros órganos

jurisdiccionales que constituyen una excepción a la regla constitucional. La naturaleza de los tribunales de arbitraje, por ejemplo, regulados antes en el Código de Comercio, y ahora en su propia Ley de Arbitraje, ilustra cómo puede cristalizar la posibilidad de que nuevos tribunales sean creados sin una correlativa dependencia directa de la Corte Suprema de Justicia.

Los detractores de los juzgamientos indígenas también suelen argumentar que sus fallos vulneran el principio de legalidad, porque las infracciones y penas a imponer no aparecen configuradas en el ordenamiento jurídico. Quienes esto dicen, pierden de vista que el Derecho Indígena Consuetudinario se basa en los valores de la comunidad y que esas sanciones o castigos son consecuencia directa de acciones que la propia comunidad reputa como antisociales y por eso mismo son prohibidas. Y son prohibidas porque vulneran las normas de convivencia que son reconocidas por su carácter imperativo. Por tanto, si la comunidad en general las considera de observancia obligatoria, se deduce que el infractor sabe con certeza que su conducta es inapropiada y

que por ello mismo, tiene conciencia de que es reprochable y merece ser castigada por la comunidad.

Los argumentos hasta ahora expuestos pueden ser refutados con razonamientos válidos de carácter jurídico constitucional. Como ya se ha mencionado, los artículos 58 y 66 constitucionales, reconocen el derecho de las comunidades a su forma de vida, costumbres, tradiciones, valores y formas de organización social. Como explicara el alcalde ancestral de Sololá en su alocución, es evidente que los mecanismos utilizados por las autoridades indígenas para resolver conflictos forman parte de las costumbres y tradiciones que tienen por objetivo la protección de la forma de vida dentro de la comunidad conforme a los valores que en ella rigen, siendo ellas mismas, parte del tejido social.

En consecuencia, tiene sentido concluir que tanto las autoridades, en este caso de Sololá, electas por una apabullante mayoría del 80% de la población con capacidad de votar, como sus decisiones en el entorno de los procedimientos, forman parte de las costumbres y de la organización

social, razón por la cual se encuentran plenamente reconocidos y amparados en la Carta Magna.

Esto significa, que los fundamentos esgrimidos para desvirtuar la validez de los juzgamientos indígenas son insubsistentes, porque tergiversan las normas que les sirven de base, interpretándolas en sentido restrictivo y no atendiendo a su verdadero espíritu, ni en armonía con el resto de la legislación guatemalteca.

¿Por qué es importante el Sistema Jurídico Indígena?

El Derecho Penal cumple una doble función que se resume en la represión y prevención de conductas ilícitas. Las comunidades indígenas, como también lo ilustrara el señor alcalde ancestral, tienen un concepto distinto del mundo y de la vida. De allí que devenga absurda la pretensión de que un sistema jurídico extraño pueda cumplir con los señalados objetivos de reprimir y prevenir conductas antisociales, en virtud de que éste resulta descontextualizado en relación con su realidad social y con sus necesidades.

El sistema vernáculo persigue también la moralización de aquellos que infringen sus normas, satisfaciendo de esta manera las dos finalidades mencionadas. Es por ello que se puede afirmar con certeza jurídica, que los juzgamientos buscan impactar tanto en la comunidad, como en el infractor y que su vigor legal adquiere carta de naturaleza, en la condición de los juzgadores como miembros honorables y plenos conocedores de las costumbres, valores y principios de su comunidad.

El debate sobre la Cosa Juzgada

Si asumimos el concepto de cosa juzgada con apego a la definición de Manuel Ossorio, como la autoridad y eficacia de la sentencia que pone fin al litigio y que no admite impugnación por el carácter de firmeza adquirido, podemos concluir afirmando que las resoluciones de los juzgamientos indígenas constituyen cosa juzgada bajo el principio *Non bis in ídem*.

Esta conclusión obedece al hecho de que tales decisiones son legítimas como ya hemos discutido y se consideran sentencias

judiciales, porque son pronunciadas por autoridades comunitarias en el ejercicio de su función como amigables componedores, dentro de un proceso conciliador que tiene por objetivo administrar justicia, dentro de una comunidad. Su definitividad proviene del reconocimiento que los sujetos procesales hacen de la jerarquía de quienes resuelven el conflicto, como máxima autoridad más allá de la cual no existe un órgano superior que pueda conocer y revocar, en su caso, el fallo pronunciado.

En casos de mayor gravedad como homicidios y violaciones, el carácter no excluyente del sistema indígena, deja abierta la posibilidad de recurrir a los órganos jurisdiccionales oficiales si así fuere la voluntad de los involucrados. Pero si no lo fuera, como ha ocurrido en numerosas ocasiones, el carácter conciliador del Derecho Indígena privilegia no el encarcelamiento del culpable, sino su condena al trabajo extenuante para poder suministrar alimentos, techo, vestido, y educación para los hijos de la víctima hasta que estos adquieran la mayoría de edad y puedan valerse por si mismos, así como al sostenimiento de su propia familia.

Por último, pero no por ello menos importante, hemos de mencionar que, a pesar de la doctrina absolutista reflejada en la Constitución Política, la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia, deja entrever una tenue luz al final del túnel. En la carpeta judicial 451-2008, el tribunal de amparo sentenció: ...”es imperativo mantener el auto apelado toda vez que la acción del sindicato se realizó atendiendo a una decisión emanada de la comunidad del cantón Poxlajuj... lo que se hace al amparo del artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala y artículo 8 del Convenio 169. No se considera que el juez recurrido esté utilizando el sistema jurídico maya, si no que únicamente reconoce su existencia...” Esta sentencia fue revertida por la Corte de Constitucionalidad.

Y en la carpeta judicial 218-2003, el tribunal de casación declara procedente el recurso porque: ...”los argumentos vertidos por el tribunal de segunda instancia se fundan en normas de carácter ordinario, las cuales, a la vista de la interpretación correcta del artículo 46 constitucional, no pueden ser

superiores jerárquicamente a la normativa internacional aceptada y ratificada por el Estado de Guatemala en materia de Derechos Humanos... el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, regula la prohibición de juzgar a una persona dos veces por el mismo hecho, lo cual ocurrió en el caso bajo examen.”

Concluimos diciendo que el fallo de la Corte de Constitucionalidad es un retroceso en el reconocimiento del Derecho indígena consuetudinario, el cual representa un remedio ineludible a la grave mora judicial imperante debido a la saturación del sistema jurídico oficial y que es imprescindible y de primordial importancia que los jueces y magistrados conozcan a fondo sus virtudes, pues se trata de un sistema estructurado e integral susceptible de ser armonizado con éste, en aras de la ulterior armonía social.

Referencias Bibliográficas

- Acuerdos de paz. Síntesis de antecedentes, Contenidos y perspectivas. Publicado por la Procuraduría de Derechos Humanos. Editorial Serviprensa, S.A. Guatemala 2007.
- Alemany Eguidazu, Jesús. Non bis in idem material. Distribuidora Jurídica Española, S.A.
- Canek Arango, Rita María. Principio non bis in idem y Cosa juzgada entre el derecho indígena y el Derecho nacional en materia penal. Universidad de Istmo, Facultad de Derecho, Guatemala. 2013.
- Derecho Consuetudinario Maya Ch'orti'. Publicación del Consejo Maya Ch'orti'. Guatemala. 2003.
- Esquit, Edgar. Iván García. El Derecho consuetudinario, La Reforma judicial y La Implementación de los acuerdos de paz. FLACSO. Guatemala. 1998.
- Los Derechos de los pueblos indígenas en el convenio 169 de la OIT. guía para la aplicación judicial. Proyecto de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ediciones Superiores, S.A., Guatemala. 2004.
- Ossorio, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Editorial Heliasta. 30ª edición. Buenos Aires, Argentina.

Referencias Normativas

- Constitución Política de la República de Guatemala
- Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89

Referencias Electrónicas

1. www.oj.gob.gt/masterlex/default.asp
2. <http://aquileana.wordpress.com/2008/04/03/derecho-penal-teoria-de-la-prevencion-especial-negativa-y-corolarios-practicos/>
3. <http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=comcontent&task=view&id=60Itemid=27>

**Delito de enriquecimiento ilícito,
la legitimación del ejercicio de la
defensa pública penal en
el procedimiento de antejuicio y
el proceso penal que se instruye en
contra del funcionario público**



Delito de enriquecimiento ilícito, la legitimación del ejercicio de la defensa pública penal en el procedimiento de antejuicio y el proceso penal que se instruye en contra del funcionario público.

Lic. Rigoberto Vargas

Generalidades:

La Ley contra la Corrupción, contenida en el Decreto número 31-2012 del Congreso de la República de Guatemala, adiciona el artículo 448 Bis del Código Penal, para crear el tipo penal de Enriquecimiento Ilícito, en el cual el sujeto activo del delito es el funcionario o empleado público, que en el ejercicio de su función, obtenga para sí mismo o para cualquier persona un beneficio patrimonial. En la figura delictiva existe un fenómeno relevante, que consiste en determinar la existencia de un incremento de su nivel de gastos o la cancelación de deudas que no correspondan al que haya podido obtener, derivado del ejercicio de su cargo o de cualquier ingreso y que no pueda justificar la procedencia lícita. Estos son los

elementos objetivos o rectores del tipo penal, el cual por la naturaleza jurídica de la figura delictiva, el sujeto pasivo del delito es el Estado de Guatemala. Para el autor José Cerezo Mir “El portador del bien jurídico lesionado, puesto en peligro o agredido. Puede serlo un individuo, un conjunto de individuos, una persona jurídica, la sociedad, el Estado o la comunidad internacional.”¹

Antecedentes:

La sociedad guatemalteca ha venido sufriendo un flagelo arraigado de la corrupción, un fenómeno que día a día ha ido creciendo en perjuicio de la economía nacional de nuestro país. A lo largo de muchos años, ha

¹ CERESO MIR, José. Curso de derecho penal español, Parte General II, teoría Jurídica del Delito, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1998.

habido propuestas y acciones de política criminal con interés de combatir la corrupción, sin embargo, esto no ha sido posible en nuestra sociedad.

El fenómeno de la corrupción cada día ha ido en aumento, desgastando de manera exagerada la economía nacional.

El Estado con su política criminal, emite la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, contenido en el Decreto número 67-2001 del Congreso de la República.

Esto no fue suficiente para combatir el fenómeno de la corrupción. Luego se emite la Ley contra la Delincuencia Organizada, contenida en el Decreto número 21-2006 del Congreso de la República.

La delincuencia organizada sigue su avance delictual en el país, en el cual el Estado con el afán de fortalecer las instituciones democráticas, a través del Organismo Legislativo se emite la Ley contra la Corrupción, contenida en el Decreto número 31-2012 del Congreso de la República. El delito

de Enriquecimiento Ilícito, cobra su vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

El Decreto número 31-2012 del Congreso de la República, fue publicado el veintidós de noviembre de dos mil doce.

El bien jurídico tutelado:

El Decreto número 31-2012 del Congreso de la República, significa un paso importante en la lucha contra la corrupción, generando conciencia en la población sobre la gravedad que implica el fenómeno de la corrupción. La Ley contra la Corrupción tiene un propósito específico y permite prevenir y sancionar el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos. Los autores De Luca y López Casariego han sostenido últimamente que no se reprime solamente a quienes se han enriquecido por delitos contra la administración pública. Tampoco se protege el patrimonio de la administración pública, ni de los particulares. Descartan los autores citados que se proteja el normal funcionamiento de la administración pública, ni la regularidad de la

actividad de los funcionarios o de la prestación de los servicios. Cuál es para ellos el bien jurídico, lo dicen de manera expresa: “Lo que se protege es la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la administración y de quienes la encarnan.”²

El tema es controversial entre autores del derecho, en cuanto al bien jurídico tutelado, para unos, el bien jurídico tutelado es el interés social, para otros, es el sistema democrático y hay otros, que estiman que el bien jurídico tutelado del delito de Enriquecimiento Ilícito es la economía nacional de un país. En lo personal y analizado el propósito de la citada ley, estimo que el bien jurídico tutelado es el correcto funcionamiento de la administración pública. El título XIII de nuestro Código Penal regula “De los delitos contra la administración pública” y el capítulo II del cuerpo legal citado regula “De los delitos cometidos por funcionarios o por empleados públicos”. Por lo que el legislador ha establecido que el bien jurídico tutelado del delito de Enriquecimiento Ilícito, es el buen ejercicio del

funcionamiento de la administración pública. En este orden, es importante fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción, garantizando un ejercicio honrado y decoroso de la función pública. En una forma modesta y según mi leal saber y entender, estimo que el Enriquecimiento Ilícito es un acto de corrupción que destruye el sistema económico de una sociedad.

La eficacia de la lucha contra la corrupción:

El Estado de Guatemala a pesar de contar con los instrumentos jurídicos idóneos para combatir la corrupción y la impunidad, la Institución encargada de la persecución penal pública, no ha sido capaz y puntual para reprimir o frenar la corrupción que aparece enquistada en las diferentes instituciones públicas del Estado. Ante esta falta de capacidad, con fecha 12 de diciembre de 2006, en la ciudad de New York, la Organización de Naciones Unidas (ONU) y el Gobierno de Guatemala, suscriben el Acuerdo para el

² De Luca, Javier y López Casariego, Julio. Enriquecimiento Ilícito y Constitucional de la ley. Febrero 2000. Página 249 y Sig.

Establecimiento de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), cuyo mandato es investigar los grupos paralelos clandestinos que operan en el país.

Dicho Acuerdo es aprobado por el Estado de Guatemala, mediante el Decreto número 35-2007 del Congreso de la República de Guatemala y entra en vigencia con fecha 4 de septiembre de 2007.

En el segundo CONSIDERANDO del Decreto número 35-2007 del Congreso de la República de Guatemala, se establece el propósito del establecimiento de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) al indicar: “de tal manera se hace necesaria la implementación de un acuerdo de carácter internacional en materia de Derechos Humanos que, fortalecerá la capacidad del Estado de Guatemala para cumplir con mayor eficacia sus obligaciones”. Significa que el establecimiento de esta institución (CICIG) juntamente al Ministerio Público puedan tener la capacidad de investigar las estructuras de la Delincuencia Organizada, especialmente el combate de la

corrupción de funcionarios y empleados públicos del Estado. El trabajo que ha realizado la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), ha sido eficaz para una parte de la población e ineficaz para otra parte de esa población. En lo personal, estimo que la labor hecha por la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), es respetable y reconocida no solo por la comunidad internacional, sino por nuestra población guatemalteca. El trabajo realizado por la CICIG ha sido puntual en la lucha contra la corrupción y la impunidad, saludable para nuestra economía nacional. El Ministerio Público y la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), han realizado grandes investigaciones contra los actos de corrupción, desarticulando estructuras criminales que se dedican al crimen organizado. En este orden de ideas, solo reprimiendo conductas corruptas, se haría efectiva la llamada lucha contra la corrupción y la impunidad. La corrupción socaba la economía nacional de los pueblos. La corrupción estanca el desarrollo social y económico del país. La corrupción tiene impacto negativo en la pobreza y la pobreza extrema

de los grupos de población desprotegidos. La convención Interamericana contra la corrupción, celebrada en la tercera sesión plenaria de la Organización de Estados Americanos (OEA), realizada en Caracas Venezuela el 29 de marzo de 1996, es un avance de la comunidad internacional en el combate contra la corrupción. Los postulados son: prevenir, perseguir y sancionar actos de corrupción contra el Estado, considerando a éstos actos como un obstáculo serio para todo desarrollo social y económico, como así también, una de las principales amenazas contra el orden democrático y la consolidación del Estado de Derecho. La voluntad política del Estado para combatir la corrupción y la impunidad, ha sido una medida puntual al considerar la tipificación del tipo penal de Enriquecimiento Ilícito contra funcionarios y empleados públicos. El Decreto número 31-2012 del Congreso de la República, entra en vigencia para su aplicación el 30 de noviembre de 2012. Esto ha sido considerado como un avance indispensable del Estado de Guatemala para prevenir, perseguir y sancionar las conductas corruptas de los funcionarios o empleados públicos.

El derecho de antejuicio:

Los funcionarios públicos que gozan de una especial prerrogativa e inmunidad, no concedida a la generalidad de las personas que ostentan un cargo público, que consiste en que antes de que puedan ser detenidos, aún cuando exista denuncia o acusación de parte interesada, debe cumplirse con el requisito previo de obtener una declaración dictada por autoridad judicial competente de que ha lugar a formación de causa contra el funcionario público imputado. Esta especial prerrogativa o inmunidad es lo que se conoce como derecho de antejuicio, que no es más que el privilegio que la ley concede a algunos funcionarios públicos para no ser detenidos ni sometidos a procedimiento penal, sin que antes una autoridad, distinta al Juez competente para conocer de la denuncia o acusación, declare que ha lugar a formación de causa. La prerrogativa es el privilegio, protección o gracia que se concede al funcionario público, el cual se acoge a un régimen jurídico distinto al de los demás ciudadanos, el cual constituye una limitación para los derechos de estos ciudadanos, el cual quebranta el principio de

igualdad que se funda todo nuestro ordenamiento jurídico. El autor Argentino Guillermo Cabanellas, se pronuncia sobre qué se entiende por prerrogativa Prerrogativa. “Privilegio. Derecho exclusivo y ajeno a ciertas funciones o dignidades”.³

En el presente artículo, en forma breve haré la descripción de los dignatarios y funcionarios públicos que gozan del derecho de antejuicio y que están en la Constitución Política de la República, sin entrar al conocimiento de leyes especiales que describen a otros funcionarios públicos que gozan del derecho de antejuicio.

Organismo Legislativo: El artículo 161 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala, regula la inmunidad de los Diputados del Congreso de la República al indicar: “Inmunidad personal para no ser detenidos ni juzgados, si la Corte Suprema de Justicia no declara previamente que ha lugar a formación de causa, después de conocer el informe del Juez pesquisador que deberá

nombrar para el efecto. Se exceptúa el caso de flagrante delito en que el diputado sindicado deberá ser puesto inmediatamente a disposición de la Junta Directiva o Comisión Permanente del Congreso para los efectos del antejuicio correspondiente”.

Organismo Ejecutivo: a) La inmunidad del presidente y vicepresidente de la república: El tercer párrafo del artículo 190 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece la inmunidad del presidente y vicepresidente de la república, cuando señala: “El Vicepresidente deberá reunir las mismas calidades que el Presidente de la República, gozará de iguales inmunidades y tienen en el orden jerárquico del Estado, el grado inmediato inferior al de dicho funcionario”. b) La inmunidad de Ministros de Estado y secretarios general y Privado de la Presidencia de la República: El segundo párrafo del artículo 202 de la Constitución Política de la República de Guatemala que preceptúa: “Los secretarios General y Privado de la Presidencia de la República, deberán reunir los

³ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 14ª Edición. Argentina. 1979. Páginas: 371, 734 y 735.

mismos requisitos que se exigen para ser ministro y gozarán de iguales prerrogativas e inmunidades” c) La inmunidad de los Gobernadores departamentales, está regulada en el artículo 227 de la Constitución Política de la República de Guatemala que señala: El gobierno de los departamentos estará a cargo de un gobernador nombrado por el Presidente de la República, deberá reunir las mismas calidades que un ministro de Estado y gozará de las mismas inmunidades que éste, debiendo haber estado domiciliado durante los cinco años anteriores a su designación en el departamento para el que fuere nombrado”.

Instituciones autónomas:

1) Contralor General de Cuentas. La inmunidad del contralor general de cuentas, la regula el artículo 233 de la Constitución Política de la República de Guatemala que señala: El jefe de la Contraloría General de Cuentas, será electo para un periodo de cuatro años, por el Congreso de la República, por mayoría absoluta de diputados que conforman dicho organismo. Solo podrá ser removido por el Congreso de la República en los casos de

negligencia, delito y falta de idoneidad. Rendirá informe de su gestión al Congreso de la República, cada vez que sea requerido y de oficio dos veces al año. Gozará de iguales inmunidades que los magistrados de la Corte de Apelaciones. En ningún caso el Contralor General de Cuentas podrá ser reelecto”. 2) Fiscal General de la República. La inmunidad del fiscal General de la República, está en el quinto párrafo del artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala estipula: “El Fiscal General de la Nación durará cuatro años en el ejercicio de sus funciones y tendrá las mismas preeminencias e inmunidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. El Presidente de la República podrá removerlo por causa justificada, debidamente establecida”. 3) Procurador General de la Nación. La inmunidad del Procurador General de la Nación, está en el tercer párrafo del artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala que establece: “El Procurador General de la Nación durará cuatro años en el ejercicio de sus funciones y tendrá las mismas preeminencias e

inmunidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia”. 4) Alcaldes municipales. La inmunidad de los Alcaldes municipales está contenida en el artículo 258 de la Constitución Política de la República de Guatemala que preceptúa: Los alcaldes no podrán ser detenidos ni enjuiciados, sin que preceda declaración de autoridad judicial competente de que ha lugar a formación de causa, salvo el caso de flagrante delito”.

Organismo Judicial: La inmunidad de los magistrados y jueces, está estipulado en el artículo 206 de la Constitución Política de la República que indica: “Los magistrados y jueces gozarán del derecho de antejuicio en la forma que lo determine la ley. El Congreso de la República tiene competencia para declarar si ha lugar o no a formación de causa contra el Presidente del Organismo Judicial y los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Corresponde a esta última la competencia en relación a los magistrados y jueces”.

La función del Defensor (a) Público (a) en el ejercicio de la defensa técnica.

La Ley del Servicio Público de Defensa Penal, contenido en el Decreto número 129-97 del Congreso de la República de Guatemala, es la base legal que autoriza al Instituto, para brindar asesoría legal gratuita a personas de escasos recursos económicos. En el tercer CONSIDERANDO de dicha ley, se recoge el mandato del Instituto de la Defensa Pública Penal cuando indica: “Que se debe asegurar a toda persona el acceso a la defensoría pública gratuita, con prioridad a personas de escasos recursos, finalidad que garantiza el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, proporcionando a los ciudadanos que lo precisen, un sistema rápido y eficaz de justicia gratuita”. El Defensor (a) Público (a) está legitimado para prestar asesoría jurídica a cualquier persona desde el momento que requiera del servicio. Así el artículo 4 numeral 2 del Decreto número 129-97 del Congreso de la República señala: “Asistir a cualquier persona de escasos recursos que solicite asesoría jurídica cuando ésta considere que pudiera estar sindicado en un procedimiento penal”. Por su parte, el segundo párrafo del artículo 5 del mismo

cuerpo legal, indica: “Los usuarios del servicio gozarán del beneficio de asistencia jurídica gratuita desde el momento en que lo necesiten”. La solicitud de antejuicio contra el funcionario público que goza de esta prerrogativa, es un procedimiento administrativo, pues solo existe una investigación preliminar por parte del ente encargado de la persecución penal pública. Sin embargo, desde el momento que la persona considere que pudiere estar sindicada en un procedimiento penal, puede solicitar la asesoría jurídica del Instituto de la Defensa Pública Penal, conforme las normas legales antes indicadas. Además esto lo recoge el artículo 71 del Código Procesal Penal, cuando indica: “Derechos. Los derechos que la Constitución y este Código otorgan al imputado, puede hacerlos valer por sí o por medio de su defensor, desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra hasta su finalización. Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier indicación que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o de participar en él, ante alguna de las autoridades de la persecución penal que este Código establece”.

Otro de los fundamentos de defensa penal es el artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala que señala: “Derecho de defensa. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido”. Partiendo del mandato legal del Instituto de la Defensa Pública Penal, el Defensor (a) Público (a) ponen sus conocimientos jurídicos al servicio de esa comunidad de personas de escasos recursos. También nuestra ley del Servicio Público de Defensa Penal, garantiza que el Defensor (a) Público (a) pueda prestar servicio legal a personas que cuentan con recursos económicos, para el cual se exige elaborar un estudio socio-económico para establecer la capacidad económica del usuario y cobrar un porcentaje en dinero por el servicio legal prestado. Esto está regulado en el segundo párrafo del artículo 5 de la Ley del Servicio Público de Defensa Penal, que señala: “Oportunamente, el Instituto comprobará a través de personal calificado que realizará la averiguación correspondiente,

si el usuario es merecedor de dicho beneficio. En caso negativo, el usuario asumirá el reembolso correspondiente a los honorarios profesionales conforme arancel y costas procesales ocasionados". La finalidad de la presente investigación, es motivar al Defensor (a) Público (a) en una eventual participación de asesoría jurídica en un procedimiento de Antejudio y especialmente en un proceso penal que se instruya en contra de un funcionario público, que goza del derecho de antejudio, sindicado de la comisión del delito de Enriquecimiento Ilícito, tipo penal que se encuentra establecido en el artículo 448 Bis del Código Penal.

Beneficios a obtener en el procedimiento penal para la persona sindicada del delito de Enriquecimiento Ilícito.

Al hacer el análisis jurídico del artículo 448 Bis del Código Penal, se establece que el tipo penal en referencia tiene asignada una sanción penal de cinco (5) a diez (10) años de prisión y una multa de cincuenta mil, a quinientos mil quetzales e inhabilitación especial. En este orden de ideas, los beneficios podrán ser los siguientes:

1) Conmuta: El delito de Enriquecimiento Ilícito, tiene asignada una pena que va de cinco (5) a diez (10) años de prisión y una multa de cincuenta mil a quinientos mil quetzales. Además la inhabilitación especial. La imposición de la pena mínima de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, puede ser conmutable, conforme el contenido del artículo 50 del Código Penal.

2) Medidas Sustitutivas: El Decreto número 32-96 del Congreso de la República de Guatemala, adiciona al artículo 264 del Código Procesal Penal, dos párrafos en el cual prohíbe otorgar medida sustitutiva para algunos tipos penales del Código Penal, así como de los delitos comprendidos en el capítulo VII del Decreto número 48-92 del Congreso de la República (Ley contra la Narcoactividad). Analizada dicha norma legal adjetiva penal, se determina que no existe prohibición de ley para otorgar medida sustitutiva para el delito de Enriquecimiento Ilícito. En ese orden, la estrategia de la defensa técnica del Defensor (a) Público (a) en la etapa preparatoria estará centrada en que el patrocinado pueda ser beneficiado con la medida sustitutiva de ley.

3) Conversión de la pena: La pena de multa en caso de no hacerla efectiva en el plazo de tres días de estar firme la sentencia, o de no cumplir con las amortizaciones para su debido pago o en caso de insolvencia, se cumplirá con privación de libertad, regulando el tiempo entre cinco y cien quetzales por cada día efectivamente no padecida. El imputado puede ser beneficiado con la regulación del tiempo de un día por cada cien quetzales dejado de pagar.

Se hace ilustración de un caso como ejemplo: Un Juez de Primera Instancia Penal, es denunciado de haber realizado un acto de corrupción (Enriquecimiento Ilícito), para los efectos se promueve el antejuicio en contra del funcionario público, la Corte Suprema de Justicia admite para su trámite el antejuicio planteado y nombra Juez pesquisidor para realizar la investigación del caso. El Juez pesquisidor según el numeral 5 del artículo 19 de la Ley en Materia de Antejuicio cuenta con el plazo de 60 días para presentar el informe circunstanciado ante la Corte Suprema de Justicia, quien conforme el artículo 14 de dicho cuerpo legal, es el órgano

competente para declarar que ha lugar a formación de causa en contra del funcionario judicial. El funcionario público (Juez) se apersona al juzgado de primera Instancia Penal para resolver su situación jurídica. Por lo que prestada la primera declaración del imputado, el Juez debe tomar la decisión de dictar el auto de procesamiento y decidir sobre el auto de prisión preventiva o en su caso, el auto de medida sustantiva. Conforme el artículo 264 del Código Procesal Penal, no existe prohibición para otorgar medida sustitutiva para el delito de Enriquecimiento Ilícito.

La estrategia del Defensor (a) Público (a) es que si el patrocinado es ligado a proceso mediante el auto de procesamiento, sea beneficiado con el otorgamiento de cualquiera de las medidas sustitutivas que señala nuestra ley adjetiva penal. Esto con la finalidad de evitar que su cliente pueda quedar con prisión preventiva. La medida sustitutiva garantiza al funcionario público continuar sin ninguna limitación en el ejercicio de su cargo público, atendiendo al principio de presunción de inocencia, contenido en el artículos 14 de la

Constitución Política de la República de Guatemala que preceptúa: “Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada”. Igualmente el artículo 8.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos expresa: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. El auto de prisión preventiva es perjudicial al imputado, pues el artículo 7 de la Ley en materia de Antejuicio. Decreto número 85-2002 del Congreso de la República de Guatemala, establece: “Cese en el ejercicio del cargo o empleo. Un dignatario o funcionario público solo podrá cesar en el ejercicio del cargo, cuando un Juez competente le dicte auto de prisión preventiva”. En este orden, se estima que el Defensor (a) Público (a) como profesional del derecho, debe realizar sus mejores esfuerzos, exponiendo los conocimientos jurídicos que justifiquen la pretensión del patrocinado y hacer de su desempeño una actividad jurídica eficaz y eficiente.

Conclusiones:

1. Si bien es cierto, la pena de prisión asignada al delito de Enriquecimiento Ilícito es considerada pequeña atendiendo la magnitud de la naturaleza de la figura delictiva, también es cierto, que es un paso importante del Estado de Guatemala para la lucha contra la corrupción y la impunidad.
2. Existen bondades de la ley para obtener beneficios a favor de las personas sindicadas del delito de Enriquecimiento Ilícito, conforme los principios del Debido Proceso y Derecho de Defensa del imputado, garantizado en el artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Referencias Bibliográficas

Textos:

1. CEREZO MIR, José. Curso de derecho penal español, Parte General II, teoría Jurídica del Delito, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1998.
2. De Luca, Javier y López Casariego, Julio. Enriquecimiento Ilícito y Constitucional de la ley. Febrero 2000. Página 249 y Sig.
3. Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 14ª Edición. Argentina. 1979. Páginas: 371, 734 y 735.

Legislación Nacional:

1. Constitución Política de la República de Guatemala.
2. Ley del Servicio Público de Defensa Penal. Decreto No. 129-97 del Congreso de la República de Guatemala.
3. Ley en Materia de Antejudio. Decreto No. 85-2002 del Congreso de la República de Guatemala.
5. Código Procesal Penal. Decreto No. 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.
6. Código Penal. Decreto No. 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

Legislación Internacional:

1. Convención Americana Sobre Derechos Humanos
2. Convención Interamericana contra la Corrupción.

Los pacientes del Hospital Federico Mora



Los pacientes del Hospital Federico Mora

Dra. Gloria Edith Ochoa Zetino

La justicia guatemalteca ha revisado la situación jurídica de cincuenta y seis pacientes del hospital Federico Mora que fueron hospitalizados algunos desde los años noventa, quienes fueron defendidos nuestros que pasaron a hacer pacientes por orden judicial mediante el impulso de estrategias de defensa que hacen referencia al trastorno mental transitorio o permanente, refiriéndose a la discapacidad derivada de problemas emocionales, cognitivos y de comportamiento. Los médicos refieren que se trata de pacientes que padecen desorden de las ideas y de los sentimientos que limita la facultad de reconocer la realidad; causándose en ese estado el comportamiento delictivo. De los trastornos mentales los médicos diagnosticaron que nuestros defendidos padecieron esquizofrenia, paranoia, depresión, ansiedad, bipolaridad entre otros.

Desde el punto de vista jurídico, trastorno mental es toda

condición médico-psicológica que afecta decisivamente las esferas cognoscitiva y volitiva del sujeto. La inimputabilidad se declara judicialmente cuando el sujeto no está en capacidad de entender la naturaleza de su acto o de determinar su conducta, a causa de trastorno mental el código penal lo identifica como sujeto peligroso en el artículo ochenta y siete.

El siguiente artículo dispone el internamiento en un centro, se refiere el ingreso de personas con discapacidad mental a una institución psiquiátrica de manera involuntaria y de manera permanente pues según la normativa dogmática penal que nos rige ingresa de manera indeterminada, y aunque el código Procesal Penal en el artículo 453 prevé la revisión de la medida de seguridad en igual sentido el artículo 505 establece un plazo no mayor de seis meses a cuyo término examinará periódicamente la situación de quien sufre una medida.

La decisión versará sobre la cesación o continuación de la medida y, en este último caso, podrá modificar el tratamiento o variar el establecimiento en el cual se ejecuta. Estas disposiciones no se cumplen, generando una serie de abusos y violaciones a los derechos fundamentales de nuestros defendidos hospitalizados.

En su significado literal, el centro psiquiátrico,¹ es la institución destinada a cuidar, tanto en el sentido de atender la salud mental, como en el de vigilar, a peligrosos y diferentes. A propósito, el psiquiatra inglés Roy Porter² nos recuerda que todas las sociedades identifican a los seres diferentes, casi siempre los creen peligrosos, de ahí se sigue apartarlos para después buscar las causas que expliquen esa desviación de la normalidad. Es por ello que esos lugares ha sido percibidos como un espacio para silenciar a todos aquellos cuya manera de pensar, sentir o comportarse resulta intolerable o amenazante para la sociedad.

Esto se puede ver reflejado en numerosas situaciones que

encontramos en el caso de nuestros defendidos, tales como las órdenes judiciales de internamiento sin fundamento pericial psiquiátrico. Ordenes judiciales de internamiento hospitalario con plazos hasta de cinco años. La falta de acceso a los tribunales judiciales a fin de cuestionar la institucionalización o los abusos cometidos en el hospital. Nuestros defendidos no fueron visitados por sus defensores ni por sus familiares, algunos hasta por más de diez años, lo que generó un nivel dependencia emocional con el personal de salud del hospital, aunado a ello se suma el poco valor que se le atribuye a la palabra de las personas con discapacidad por enfermedad mental, debido a la estigmatización de la que son objeto.

En estos casos de acuerdo a la normativa penal vigente, el hospital se encarga únicamente de cumplir las medidas de seguridad establecidas por el Juez sobre el tratamiento psiquiátrico. El mismo está a cargo del cuidado del paciente hasta que el Juez lo disponga y no tiene incidencia en las salidas transitorias o en el propio

¹ Diccionario Jurídico Guillermo Cabanellas de Torres, Buenos Aires Argentina, 2005 Pág. 147

² Porter, Roy, Breve Historia de la Locura, Fondo de Cultura, España edición 2003 Pág. 67/68

egreso, “no lo puede disponer ni el director del hospital sin la autorización judicial, el artículo 89 del Código Penal dispone que cuando un inimputable de los comprendidos en el inciso 2º. del artículo 23, cometa un hecho que la ley califique de delito, se ordenará su internación en un establecimiento psiquiátrico, hasta que por resolución judicial dictada con base en dictámenes periciales, pueda modificarse la medida, o revocarse si cesó el estado de peligro del sujeto.

El estado peligroso se aprecia por conducta antisocial al que quebranta habitualmente las reglas de convivencia social mediante actos de violencia, o por otros actos provocadores, viola derechos de los demás o por su comportamiento en general daña las reglas de convivencia o perturba el orden de la comunidad o vive a expensas de otros del trabajo ajeno, o practica vicios socialmente reprobables. Se considera también estado peligroso el de los enajenados mentales y de las personas de desarrollo mental

retardado, si, por esta causa, no poseen la facultad de comprender el alcance de sus acciones ni de controlar sus conductas, siempre que éstas representen una amenaza para la seguridad de las personas o del orden social.³ Derivado de los indicios de peligrosidad descritos en nuestra ley penal, existe la posibilidad de que ese sujeto sea perseguido penalmente.

El Estado peligroso sin delito, habilita a intervenciones penales de carácter preventivo, Para el Doctor Zaffaroni todo derecho penal de peligrosidad es derecho penal de autor, en tanto el derecho penal de culpabilidad puede ser del autor o del acto, que es su opuesto.⁴ El derecho penal de autor apunta a punir una personalidad y no un acto. La combinación de esas dos teorías del derecho penal, conocida como sistema pluralista, permite la incorporación de las medidas de seguridad de carácter preventivo y desprovistas de finalidad retributiva, son más bien de carácter afflictivo e infamante, fundadas de un estado de peligroso del sujeto, cuyo fin es la neutralización en un tratamiento

³ Código penal vigente, artículos 87 y siguientes

⁴ Zaffaroni Raul Eugenio Manual de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, ediciones ediar 1a edición 2000 pag. 118.

terapéutico o un tratamiento reeducacional.

El primero en otorgarle un estatuto científico particular a la locura fue el médico francés Pilipphe Pinel, el fundador del alienismo. Para el alienismo, el objetivo del tratamiento era la recuperación de la razón al que llamó del alienado, proponía un tratamiento moral que combinaba castigos y estímulos. Locura y razón no son aquí opuestos absolutos, sino estados diferentes por los cuales una persona puede transitar⁵. Su primera medida fue diferenciar y clasificar entre conducta social desviada y patología psíquica, lo que deriva en las campañas de creación de los manicomios judiciales y se distinguen dos grupos particulares de alienados como objeto de intervención privilegiado: los alienados indigentes y los alienados criminales. Tanto la vagancia como la delincuencia eran consideradas producto de esa alienación mental.

A partir de la afirmación de la peligrosidad como operador clínico-jurídico, que excede en términos discursivos, ideológicos e

institucionales a la figura del demente infractor, surge también toda una serie de instituciones que coinciden en el propósito de controlar los cuerpos y las mentes por medio de la segregación social, del tratamiento y de la cronificación institucional.

Cada sociedad reconoce formas particulares de construcción de estos procesos institucionales, sujetos a cuestiones históricas y sociales. En el caso Guatemala, El Hospital Neuropsiquiátrico, ubicado en la colonia La Verbena, zona 7 capitalina, era el antecedente del Hospital Federico Mora de hoy. Era conocido el hacinamiento de los ahí internados, enfermos crónicos convivían con pacientes que habían sido juzgados por cometer hechos delictivos, Eso no ha cambiado.

Las malas condiciones del Neuropsiquiátrico no eran sólo por abandono de los pacientes, sino ya obraban órdenes de ingresos judiciales de internamiento. En 1975 se crea el Hospital de salud Mental Federico Mora, se dice que los pacientes no se quedaban por más de tres meses la mayoría salía

⁵ Pinel Phillippe La demencia, Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale, la manie. Paris. 1801. pag. 15 sigts

en menos de una semana. El hospital parecía perfecto, incluso apuntaba a ser un referente en temas de tratamiento para la salud mental a nivel latinoamericano, Lo diseñaron para que fuera un centro comunitario, de investigación y formación de especialistas”, La terapia y rehabilitación por medio de consulta externa era la prioridad. En 1982 llegó al hospital una orden de parte del Ministerio de Salud, la cual a su vez respondía a un mandato presidencial.

El documento solicitaba la inmediata creación de un plan para acomodar a los cerca de 400 pacientes albergados en el Neuropsiquiátrico de zona 7. La orden contradecía la esencia con que fue creado, los planes de investigación y formación sólo podían darse si era un centro que priorizaba la terapia antes que la internación. En el año 2013 se encontraban pacientes que habían ingresado por causas sociales, derivado de la intolerancia de las familias hacia los pacientes, así también existen pacientes con padecimientos orgánicos que se fueron cronificando por ser incurables en ese momento (la neurosífilis, las psicosis por

alcoholismo, drogadicción, la demencia senil la esquizofrenia).

También influyó el hecho de que con la aparición del hospital, ingresan los dementes pobres que anteriormente se encontraban en hospicios y hospitales como se hizo referencia. Por ello, para noviembre del año dos mil doce antes de la denuncia ante la Corte Interamericana sobre Derecho Humanos, ingresaban al hospital pacientes con orden judicial, pacientes albergados a solicitud de asilos y hospicios, e ingreso de pacientes por la misma emergencia del hospital, circunstancias que provocan la cronicidad de los pacientes principalmente de los primeros grupos mencionados, generando sobrepoblación que impide llevar a cabo cualquier tipo de tratamiento derivando en el custodialismo.

Llegados a este punto cabe preguntarse si desde el campo de la historia esta visión que concibe al Hospital Psiquiátrico como un instrumento del Estado concebido para dar respuesta a los problemas psiquiátricos de sus ciudadanos o se reduce al ejercicio del poder psiquiátrico sobre excluidos que

según interpretaciones recientes, hace las veces de un lugar de reclusión, pero también encontramos un hospital que ha servido de refugio, de espacio terapéutico aunque sin las condiciones e infraestructura necesaria más que la buena voluntad enigmática del personal hospitalario. Igualmente enigmática sigue siendo la locura, cuya naturaleza no cabría sólo bajo el concepto de antijurídico, pues a veces lo que hay detrás es simple y llanamente una persona que sufre.

Derivado de la anterior situación a definir es cómo en este segundo caso, el individuo que básicamente es un enfermo, a quien se le denomina despectivamente loco, y que con una comprensión mucho más humanitaria se le debe ver como un enfermo en su psiquis, pero un enfermo que violentó el ordenamiento jurídico penal, en el caso de nuestros defendidos.

En noviembre del año 2012 los peticionarios, la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, y Dshability Rights, ante la Comisión interamericana sobre Derechos Humanos alegaron que todas las personas internadas en el Hospital Federico Mora se encuentran en una situación de

riesgo. De acuerdo a la solicitud, los 334 pacientes allí internados, que incluiría niños y niñas, comparten el mismo espacio con personas con discapacidad mental que han sido procesados y sentenciados por diversos crímenes.

La solicitud agrega que agentes de la Policía Nacional Civil y personal del Sistema Penitenciario estarían a cargo de la custodia del lugar, y utilizarían amenazas, hostigamientos y actos de violencia en contra de los pacientes. La información presentada a la CIDH indica que existen abusos físicos y sexuales contra mujeres y niños, que se les ha negado asistencia médica adecuada a los pacientes y que les están proporcionando tratamiento psiquiátrico no apto para sus patologías. Asimismo, denunciaron que algunos pacientes están encerrados en cuartos de aislamiento, y que existe la práctica de amarrar a pacientes a sillas, entre otras alegaciones.

Derivado de lo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó al Gobierno de Guatemala que adopte las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad

personal de las personas internadas en el Hospital Federico Mora; en particular, proporcionar el tratamiento médico adecuado a los internos, de acuerdo a las patologías propias de cada persona; asegurar la separación de los niños de los adultos, procurando medidas especiales, a la luz del principio del interés superior del niño; separar a los internos procesados y sentenciados, quienes están bajo orden judicial de privación de libertad, de los demás pacientes del hospital, y que la tutela de éstos sea proporcionada por personal del hospital no armado; restringir el uso de cuartos de aislamiento a las situaciones y bajo las condiciones establecidas en los estándares internacionales sobre personas con discapacidad mental; implementar medidas de prevención inmediatas orientadas a que todos los pacientes, en particular mujeres y niños, no sean objeto de actos de violencia física, psicológica y sexual por parte de otros pacientes, agentes de seguridad o funcionarios del hospital. Asimismo, la CIDH solicitó al Estado de Guatemala que concierte las medidas a adoptarse con los beneficiarios y sus representantes. En este sentido, la CIDH informó al Gobierno que considera necesario

que, de común acuerdo, las partes presenten un cronograma para la implementación de las presentes medidas cautelares, después de haber realizado la primera reunión de concertación de las medidas cautelares.

Finalmente, la CIDH solicitó al Gobierno que informe sobre las acciones adoptadas a fin de investigar los hechos que dieron lugar a la adopción de estas medidas cautelares.

Los mecanismos de derechos humanos en la defensa pública penal son órganos que vigilan y cooperan con el cumplimiento de las obligaciones y compromisos aceptados por Guatemala, derivados de tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos. Desde su creación hace más de quince años el Instituto ha tenido dentro de sus principales funciones la de proteger y promover los derechos humanos. En ese contexto se han identificado múltiples enfoques y ejes sobre derechos humanos que giran en torno al acceso a la justicia en tanto derecho humano fundamental, considerando que es el medio que permite restablecer el ejercicio de

aquellos derechos que fueron desconocidos o vulnerados teniendo en cuenta que el acceso a la justicia no se agota con el ingreso de la persona al sistema judicial sino que se extiende a lo largo de todo el proceso en el que debe sustanciarse de conformidad con los principios que sustenta el estado de derecho, como el juicio justo y se prolonga hasta la ejecución de la sentencia en los distintos caso que conocemos.

Partimos de la base sobre la Cumbre Judicial Iberoamericana, dentro del marco de los trabajos de su XIV edición, que consideró necesaria la elaboración de unas Reglas Básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad. De esta manera, se desarrollaron los principios recogidos en la “Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano” (Cancún 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada “Una justicia que protege a los más débiles” (apartados 23 a 34).

La Unidad de Formación y Capacitación comprometida con el rol que tiene el Instituto de la Defensa Pública Penal; forma, capacita y

actualiza a los defensores mediante la realización de procesos de enseñanza, el fin es que los defensores sean capaces del manejo estratégico de una defensa técnica que permita el acceso a juicio justo. Cabe agregar que a lo interno de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas – AIDEF-, se empoderó de las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, impulsándose la divulgación de ese instrumento jurídico a nivel nacional entre las Defensoras y Defensores públicos. Se procedió, a realizar un análisis de las referidas 100 reglas, por parte de los docentes de la Unidad de Capacitación el cual quedó plasmado en un módulo de autoformación.

El invocar en cada capacitación dichas Reglas, implica la fase de la sensibilización, análisis y conocimiento de cada regla, equiparándose a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, como lo es la Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con la finalidad de resaltar que el acceso a la justicia es un Derecho humano

de carácter universal e indivisible, tal como lo reconoce el Consejo Permanente, de la Organización de Estados Americanos, en su resolución adoptada el 25 de mayo del año 2011, la cual fue denominada “Garantías para el acceso a la justicia. el rol de los Defensores Públicos Oficiales”, además se destaca la existencia de las 100 Reglas de Brasilia, destinadas a garantizar el acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad como los pacientes del Hospital Federico Mora que son nuestros defendidos.

El Consejo Permanente de la OEA destaca, en esa resolución histórica, la labor que desarrollan los Defensores Públicos Oficiales en los diversos países del hemisferio, en la defensa de los derechos fundamentales, específicamente en los servicios de asistencia letrada gratuita que permiten el fácil y oportuno acceso de todas las personas a la justicia, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad, labor que se realiza por la Defensora y Defensor Público penal con profesionalismo y mística de trabajo.

El sistema informático de apoyo al Defensor Público –SIADep– es otro mecanismo, con el que contamos, siendo el instrumento que permite el seguimiento, monitoreo y evaluación de los derechos humanos a favor de los pacientes con implicación legal, que se encuentran hospitalizados en el Hospital de Salud Mental, nos permiten identificar la situación jurídica del paciente concerniente a las personas declaradas inimputables dentro del proceso penal.

En respuesta a la medida cautelar como mecanismo de defensa de derechos humanos de nuestros defendidos hospitalizados, nos planteamos realizar una investigación entorno a los pacientes inimputables por trastornos mentales, entendiendo que en esta situación particular se puede visualizar y pensar más claramente cómo se produce el cruce de dos órdenes: el orden jurídico y el orden psiquiátrico. Existe una constante lucha para que la gente no entre y sacarlos es muy difícil. Esto marca una de las luchas entre el poder judicial y el poder psiquiátrico y cómo se cruzan sus caminos.

Desde esa perspectiva se realizaron gestiones verbales y escritas se realizaron al Director General del hospital, para acceder los expedientes correspondientes para poder ejercer el derecho de defensa de los mismos, sin embargo no fueron puestos a la vista, en su lugar entregaron un listado de pacientes compensados mentalmente con orden de egreso hospitalario sin ejecutarlo pues los pacientes viven en el hospital. El director del hospital al no ejecutar las órdenes de egreso, no se percata cómo los efectos de esa decisión administrativa, contraria a disposiciones constitucionales e internacionales, justo a partir del momento en que pierde sustento la razonabilidad de la permanencia hospitalaria, al estar compensada mentalmente la persona, como lo demuestran las órdenes de egreso que el mismo Director presentó.

Se plateó una acción constitucional de amparo⁶ contra el Director del Hospital de Salud Mental, y como acto reclamado que les causa humillación a los pacientes causa agravio la lista con el epígrafe

“listado de pacientes de los cuales se han hecho las diligencias para obtener la orden de egreso por parte del juzgado o tribunal u otras instituciones por los cuales son referidos y que por no contar con familiar responsable o un lugar adecuado, o porque la comunidad los rechaza no han podido salir del hospital“, causando grave agravio al tomar la decisión propia de su actividad de manera arbitraria, es decir, sin los requisitos legales y sin el debido fundamento científico, resultando la restricción concreta de la libertad personal de personas sin padecimientos mentales en convivencia con enfermos, circunstancia que provoca daño irreversible en ellos.

Se solicitó el amparo provisional sin embargo no se otorgó, a pesar que el Estado de Guatemala ha contraído obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que imponen la atención en salud mental. En específico, como un estándar que ayuda a precisar el contenido y alcance de esas obligaciones, puede atenderse a los Principios para la

⁶ Juzgado Septimo de primera instancia constituido en tribunal constitucional de amparo c: 1079-2013-315

protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental como también el Estado es parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de conformidad con el Decreto número 69-87 del Congreso de la República, del 30 de septiembre de 1987. Además de La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo que fue firmado y ratificado por el Estado de Guatemala, el 30 de marzo de 2008. El Congreso de la República aprobó ambos tratados como ley nacional, el 30 de septiembre de 2008, por medio del Decreto 59-2008, mismo que fue sancionado por el Presidente de la República y publicado en el Diario de Centroamérica el 4 de noviembre del mismo año.

Por otro lado, el Estado de Guatemala también es parte de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, según los Decretos números 26-2001, del 17 de julio de 2001; y el Decreto 42-2002 que lo modificara, de fecha 30 de mayo de 2002. Este último está

en vigor desde el 28 de febrero de 2003. La resolución res. 46/119, 46 U.N. GAOR Supp. No. 49 p. 189, ONU Doc. A/46/49 1991), establece el Principio de Salud Mental 23 mediante el cual cada Estado debe "adoptar las medidas [...] de carácter legislativo, judicial, administrativo, educativo o de otra índole.." que sean necesarias para hacer efectivos los derechos de los usuarios de trastornos mentales.

En similar sentido, la Declaración de Caracas sobre la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en la Atención Primaria, de 1990, dada en Caracas, Venezuela, propuso integrar la atención de la salud mental en la atención primaria y en los sistemas locales de salud y expuso la necesidad de abandonar el concepto de que el hospital psiquiátrico debe ser el eje central del sistema de atención psiquiátrica.

De acuerdo con la Declaración, la asistencia psiquiátrica se debe brindar en servicios basados en la comunidad, con capacidad para garantizar una atención accesible, descentralizada, integral, participativa, continuada y preventiva.

Esta Declaración fue reforzada por los principios de Brasilia, que reiteran el papel central que corresponde a la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas afectadas por trastornos mentales así como la necesidad de establecer redes de servicios comunitarios, y por el Consenso de Panamá, celebrado en 2010. En el 2009, los Estados Miembros de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) reunidos en el Consejo Directivo adoptaron una Estrategia y plan de acción sobre salud mental y más recientemente (2013) la Asamblea Mundial de la Salud de la Organización Mundial de la Salud (OMS) aprobó en Ginebra un Plan de acción sobre salud mental de nivel global. Ambos documentos enfatizan claramente en la necesidad de avanzar hacia un modelo comunitario en salud mental, donde el enfoque de derechos humanos es crucial.

Buscamos protección de los derechos humanos de personas que se encuentran compensadas en el sentido que la salud mental, es necesaria para que puedan ejercer sus derechos humanos y participar en la vida civil, social y económica

de las personas internadas innecesariamente por más de una década; al mismo tiempo, el ejercicio de sus derechos humanos y las libertades es fundamental para las personas con discapacidad mental, quienes tienen los mismos derechos que el resto de los ciudadanos a una defensa técnica eficaz.

Derivado de lo anterior, las autoridades del Hospital, enviaron a esta Coordinación ciento veintiún expedientes clínicos originales de los pacientes, argumentando en el desarrollo de la acción constitucional que los expedientes fueron presentados en su mayoría, así mismo en su mayoría fueron emitidas las constancias de egreso estimando que se quedó sin materia.

En Primera Instancia fue denegado el amparo desconociendo la calidad de defensora pública para intervenir difusamente a favor de los pacientes, es indudable que la intervención de la defensa pública es para que se cumplan las medidas cautelares emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sin dilación alguna, debido que la prolongación indefinida del internamiento hospitalario de nuestros defendidos vulnera el

derecho a la libertad consagrado en el artículo 6to. de la Constitución Política. La dignidad humana contenida en el artículo cuarto constitucional, fue aquí desconocida, al calificar los derechos de mis defendidos como colectivos o difusos, estando individualizados, olvidándose que toda persona, en razón de su condición humana, exige igual consideración y respeto y debe reconocérsele capacidad de autodeterminación y posibilidad de goce de los bienes más preciados de la existencia como la libertad.

Tratándose de personas curadas, la autodeterminación y la posibilidad de gozar de la libertad no les puede ser negada. En apelación la Corte de Constitucionalidad estimó que la acción constitucional no ha quedado sin materia, por el simple hecho que los expedientes solicitados han sido entregados en su mayoría a la solicitante en los términos que se requirieron cuando la entrega se realizó en forma tardía e incompleta, evidenciándose que no se ha cumplido a cabalidad con lo ordenado pues el acatamiento de las medidas emitidas por la Comisión Interamericana Derechos Humanos el veinte de noviembre del año

2012, es de observancia inmediata debido a que una de las características de las medidas es la sumariedad que implica la brevedad y prescindencia del cumplimiento de estas medidas, dada la urgencia de estos asuntos.

Además debe de tenerse en cuenta, que las medidas cautelares emitidas por la Comisión, tiene por objetivo que el estado adopte las medias de seguridad para proteger la vida y la integridad de las personas privadas de libertad por su posición de garante de los derechos de quienes se encuentran bajo su custodia así que el Estado no puede abstraerse de lo ordenado, máxime cuando se pretende garantizar la integridad física psíquica y moral de los internos con discapacidades mentales.

65 expedientes se remitieron a la Procuraduría General de la Nación por no tener implicación penal sino órdenes judiciales de competencia civil, familia y hasta laboral. La mayoría de estos pacientes están ubicado en el primer pabellón Allí viven se encuentran internos por orden de juez, los hechos giran entorno a que se hayan desnudado en la calle o

le hayan arrojado una piedra a alguien o hablan solos etc. Quienes se encuentran en este lugar usualmente no salen de su pabellón.

Por su tipo de padecimiento, a veces sólo salen a tomar el sol, pero pueden llegar a tener conductas agresivas con el resto de internos. Los pacientes psiquiátricos no son violentos, aseguran los médicos tratantes, estiman que es un mito, a veces sufren ataques de psicosis y pueden tener una conducta agresiva. Para los médicos los internos de este pabellón sólo deberían permanecer de 15 a 30 días mientras se les da el tratamiento necesario. Pero muchas veces sus familias ya no vienen por ellos.

Se revisaron 56 expedientes en los que nos encontramos con personas que han sido declaradas inimputables o resuelto medidas de seguridad en el ámbito penal, la mayoría por el delito de parricidio, las órdenes judiciales de ingreso hospitalario emitidas en su momento, carecieron de evaluación o diagnóstico médico psiquiatra, con el agravante, que estas personas han sido sujetas a una injusta y prolongada privación de su libertad mediante su internamiento

indeterminado, a la fecha en la mayoría de los casos, ha cesado el motivo de la correspondiente medida de seguridad y han sido compensados mentalmente mediante tratamiento médico psiquiatra, diagnosticando que la estancia innecesaria en el hospital genera daños irreversibles en esas personas según criterios médicos psiquiatras forenses.

Dada la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran las personas con enfermedades mentales, la ausencia de normatividad nacional, que tenga por objeto regular el internamiento de dichas personas constituye un marco propicio para la vulneración de su derecho a la libertad. Por ello, en Julio del año 2013 suscribieron un convenio interinstitucional, mediante el cual se promueven medidas de comunicación eficientes entre las instituciones que tiene incidencia en el tratamiento de los pacientes que ingresan al Hospital, garantizando el respeto de los derechos humanos integrales de las personas con trastornos mentales o retraso mental sometidas a procesos penales y personas sujetas a proceso penal.

Para ello las instituciones signatarias entre ellas el Organismo Judicial, el Ministerio Público, el Instituto Nacional de Ciencias Forenses, la Procuraduría General de la Nación, nosotros y otras más, asumieron el compromiso de establecer y promover los mecanismos y procedimientos que desarrollen y posibiliten aplicar los principios establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, las convenciones, pactos y protocolos de los que Guatemala es parte ya relacionados. En forma ágil, se promovieron las diligencias de revisión de las medidas de coerción ante los juzgados competentes, quedándose en el estatus de “Estancia prologada” aproximadamente 21 pacientes por abandono de recurso familiar o por rechazo de la comunidad, en tanto se les ubica un lugar adecuado.

16 pacientes fueron declarados psicópatas/peligrosos para la sociedad y por lo tanto improcedente la revisión de la medida de seguridad por los juzgados competentes, sin embargo es necesario la defensa y protección eficaz de los Derechos Humanos de estos pacientes en particular, pues aunque se encuentran en esa

situación judicial, no dejan de ser sujetos de Derechos que es la base fundamental para concebir, una organización de la atención médica psiquiátrica de nuevo tipo y una planificación de las políticas públicas en la materia, que aborde las soluciones a la problemática estructural que actualmente persiste para ellos como la creación del Hospital de Salud Mental para pacientes con implicación penal.

19 pacientes fueron recibidos por sus familiares e incorporados en sus comunidades debido a que sólo de manera excepcional y de conformidad con los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, los pacientes pueden ser internados o retenidos de manera involuntaria cuando se encuentran en una situación de emergencia que pone en peligro su vida, su integridad física o la de terceros, o cuando presentan una enfermedad mental grave y el hecho de que no se les hospitalice puede llevar a un deterioro considerable de su salud.

Actualmente 35 pacientes defendidos nuestros, se encuentran hospitalizados por orden de juez de

acuerdo a los estándares citados, estamos llevando el control de las medidas de seguridad para que cada seis meses se revisen como lo ordena la ley adjetiva penal, y en su caso sean trasladados a los módulos que se han acondicionado que de acuerdo al cumplimiento de lo instruido en las medidas cautelares 320-2012 MCD emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se estimó de interés nacional la atención médico-social de estas personas con discapacidad mental, así como ha promovido su rehabilitación y su reincorporación integral a la sociedad, para el logro de esos fines, se reestructuraron las instalaciones del hospital modificando los pabellones: cinco y seis. Además de los pacientes crónicos 21 fueron trasladados al Hogar Esperanza en el Departamento de Zacapa.

La salud mental es más que sólo la ausencia de trastornos mentales, se define como un estado de bienestar en el cual el individuo es consciente de sus propias capacidades, puede afrontar las tensiones normales de la vida, puede trabajar de forma productiva y fructífera y es capaz de hacer una

contribución a su comunidad. La consecución de ese estado implica un proceso de vida que se ve influenciado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos. Esta situación impone que los juzgadores observen con rigurosidad las restricciones a la libertad personal del paciente las cuales deben limitarse a las que sean necesarias por la situación psicopatológica y el encuadre terapéutico.

El ingreso debe estar determinado por un criterio médico en el internamiento con autorización judicial que cuente con los peritajes psiquiátricos, en el caso de una persona sindicada de acción delictiva exento de responsabilidad criminal por causa psíquica, o bien en una situación de enfermedad sobrevenida, o en el caso del recluso en cumplimiento de condena.

Los defensores públicos debemos velar porque las resoluciones judiciales no violenten los plazos concebidos en la ley procesal penal, y se revise la medida de seguridad cada seis meses, en el entendido que la legalidad y la

normalidad son dos órdenes intrínsecamente constitutivos en los procedimientos de la justicia con dominación de las prácticas de normalización revestidas de retórica legalidad. Nuestros defendidos continúan siendo calificados de imperfectos peligrosos, nosotros estamos aprendiendo a ver de manera distinta la situación jurídica de nuestros defendidos, los pacientes del Hospital Federico Mora.

Referencias Bibliográficas

Diccionarios

- Diccionario Jurídico Guillermo Cabanellas de Torres, Buenos Aires Argentina, 2005.

Textos

- Pinel Phillipé La demencia, Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale, ediciones la manie. Paris. 1801.
- Porter, Roy, Breve Historia de la Locura, Fondo de Cultura, España edición 2003.
- Zaffaroni Raul Eugenio Manual de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, ediciones ediar 1a edición 2000.

Otros

- Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano" (Cancún 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada "Una justicia que protege a los más débiles.
- Cumbre Judicial Iberoamericana, dentro del marco de los trabajos de su XIV edición.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de conformidad con el Decreto número 69-87 del Congreso de la República, del 30 de septiembre de 1987.



**El principio de legitimidad
como elemento integrante
de la ideología de la
defensa social**

El principio de legitimidad como elemento integrante de la ideología de la defensa social

M.A. Luis Enrique Quiñónez Zeta

1.- Política criminal y control legislativo.

A nadie escapa que Guatemala, en su historia reciente, mantiene altos índices de criminalidad, en especial delitos violentos contra la vida y la integridad personal. Esto podría justificar que se apele a un mayor rigor en la intervención penal para hacer frente al fenómeno criminal. No obstante, esta apreciación puede ser rebatida, al comprobar que tales decisiones normativas no suelen tomarse atendiendo a un conocimiento serio del conflicto en su origen, sino bajo la pasión, ingenua o consciente, de la mayor eficacia de la intervención penal para todo tipo de problemas sociales.

Bajo estas circunstancias, cuando se desarrolla política criminal a través de la legislación penal, se observa que nuestro país exhibe

una alta producción normativa con una clara orientación hacia una mayor criminalización de conductas, un aumento del rigor de las sanciones, y un frecuente uso politizado del abordaje punitivo de una diversidad de conflictos sociales.¹ Asimismo, es notorio el papel activo que desempeñan otros agentes, algunos, en principio, no vinculados estrictamente a la visión política, como serían los medios masivos de comunicación, asociaciones de víctimas y grupos de presión diversos, para impulsar reformas en la legislación penal.

Si bien no pueden pasarse por alto los graves problemas de seguridad y violencia que aquejan a la sociedad guatemalteca, con registros de altas tasas de homicidio y otros delitos que generan alarma social, esto ha creado una especie de velo de distracción sobre otros problemas de carácter estructural

¹ Como ejemplo véase las reformas al decreto 17-73 del Congreso de la República, mediante los decretos 36-80, 20-96, 30-2001, 9-2009, 31-2012, 48-95, del Congreso de la República, entre otros.

como son: la pobreza, la desigualdad social, el acceso a la educación, a la salud y a servicios públicos. Así, las necesidades de la ciudadanía se interpretan dentro del marco de la problemática del crimen. Las necesidades sociales y los conflictos que estas generan se trasladan al ámbito del derecho penal.²

Desde esta perspectiva, la política criminal del estado es un asunto en el cual se involucra directamente al legislador³, al ser éste el depositario de la soberanía popular. La corte de constitucionalidad guatemalteca al respecto indica:

“Corresponde al Congreso de la República la potestad legislativa, con la atribución de decretar, reformar y derogar las leyes. Esa facultad legislativa se complementa con la función asignada al Presidente de la República, jefe del Organismo Ejecutivo, de sancionar y promulgar las leyes. Pero esas funciones, que dan al ejecutivo cierto control político

de la función legislativa, no pueden entorpecer al Organismo Legislativo en el ejercicio de sus potestades, porque en tal caso se supeditaría la potestad legislativa del Congreso a la voluntad, actividad o inactividad del Ejecutivo, lo que sería frontalmente contrario al principio de la independencia y no subordinación de poderes... Como ha asentado el Tribunal Constitucional de España: “La potestad legislativa no puede permanecer inerte ni inactiva ante la realidad social y las transformaciones que la misma impone, so pena de consagrar la congelación del ordenamiento jurídico o la prohibición de modificarlo (...)”. Gaceta No. 20. Expediente 364-90. Sentencia de fecha 26/06/1991.

De esta facultad de legislar, se desarrolla como es lógico, la formación de la norma, lo que trasladado al campo de la política criminal se traduce en la formación de la norma penal, lo cual transcurre, según se observa en la esfera jurídica y legislativa, con un alto

² “Así pues, no es raro que, ante la comisión de algún crimen con características sensacionales, se llega a desatar tal conmoción colectiva que, incluso, lleva al país a la promulgación de leyes casuísticas, eminentemente represivas, que en modo alguno contribuyen a la erradicación del mal perseguido.” Baratta, Alessandro. Ob. Cit. Pág. 128

³ Artículo 171. literal a); Constitución Política de la República de Guatemala.

grado de discrecionalidad en la identificación y definición de las conductas que considere el legislador, susceptibles de tutela penal, así como para delimitar el marco de la sanción de tales comportamientos.

2.- Límites a la discrecionalidad del legislador

En relación a política criminal, y para efectos del presente artículo, identifico dos corrientes teóricas; por un lado, aquella que parte de una concepción jurídico-penal del delito y que propugna que los instrumentos de respuesta para enfrentarlo son aquellos propios del sistema jurídico penal en manos del estado.⁴ Por otro lado, el que comprende al delito como un fenómeno social, lo que supone que en sentido amplio la reacción frente a éste no pasaría únicamente por una puesta en marcha del sistema de justicia criminal del estado, sino que debería intervenir la sociedad en su conjunto.⁵

A mi parecer, la política criminal es un sector de las políticas públicas del Estado, que tiene a su cargo, el diseño de dispositivos de prevención y reacción, frente a fenómenos que amenazan o vulneran de forma grave al sistema social básico para la convivencia. Estos dispositivos se manifiestan a través del sistema penal, entendiendo por éste tanto al entramado de normas que definen los delitos y las sanciones, como a las normas procesales de determinación de la responsabilidad, y a los agentes y, canales institucionales encargados de su realización – policía, fiscales, jueces penales, sistema penitenciario, entre otros-.

El desarrollo formal de la política criminal del Estado depende del legislador, a quién corresponde determinar en qué casos, y bajo qué presupuestos y reglas deberá acudir a la reacción penal, y cuáles deben ser los instrumentos de los que se vale, así como diseñar el funcionamiento de las instituciones responsables de encauzarla.

⁴ Roxin, Claus. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, la Estructura de la Teoría del Delito. Editorial Civitas, S.A.; Traducción de la Segunda Edición Alemana. Madrid España. 1999. Pág. 223 y ss.

⁵ DELMAS- MARTY, MIREILLE. Modelos Actuales de Política Criminal. Ministerio de Justicia. Madrid 1986. Pág. 23 y ss.

En el diseño de la política criminal del Estado, el legislador ha contado con un amplio margen de discrecionalidad para identificar aquellos bienes jurídicos que requieren una especial protección, y definir mediante tipificación penal aquellas conductas que los vulneren o amenacen, así como también, para establecer el contenido y entidad de la sanción que amerite cada conducta.

La Corte de Constitucionalidad guatemalteca se ha manifestado, en cuanto a que esta competencia la ejerce de forma exclusiva, con respaldo en el régimen Democrático y representativo vigente, pero que también, deberá atenderse a limitaciones constitucionales a la hora de legislar; haciendo alusión que del ejercicio de esa potestad dimanen algunas consecuencias:

“(…) a) el reconocimiento de que el Congreso de la República es el depositario de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario; b) la jerarquía especial de las leyes emitidas por el mismo, como expresión de la voluntad soberana del pueblo a través de sus representantes, sometida a la

supremacía de la constitución” pero también se ha sostenido por la Corte de Constitucionalidad que: “(…). Como esta corte ha sostenido, la preeminencia de la constitución se plasma, entre otras, en dos características privilegiadas, a saber: a) es la norma fundamental del ordenamiento jurídico en la que deben basarse las demás disposiciones que lo integran; y b) tiene jerarquía de ley suprema. Por eso, la función legislativa asignada al congreso debe ejercerse bajo el marco de la Constitución, y esta prevalece sobre cualquier otra ley, de manera que aquellas que la contraríen devienen ineficaces”. Gaceta No. 20. Expediente 364-90. Sentencia de fecha: 26/06/1991.

De esta manera el tribunal constitucional ha señalado que la discrecionalidad del legislador, en el diseño de la política criminal no tiene carácter absoluto y que la misma está sujeta a límites constitucionales; así también, lo continúa afirmando en la sentencia de fecha 18/09/2003 cuando señala:

“La preeminencia de la Constitución Política de la República, bajo el punto de vista de su

normatividad, se plantea en dos características privilegiadas (entre otras): a) que es la norma fundamental del ordenamiento jurídico, en la que deben basarse las demás disposiciones que la integran; y b) que tiene jerarquía de ley suprema y como consecuencia obvia prevalece sobre cualquier otra ley, de manera que aquellas que la contravengan devienen ineficaces". Gaceta No. 69. Expediente 1098-2003

Esta sujeción del legislador a los principios acreditados en la Constitución Política de la República debe entenderse, como una exclusión general de la arbitrariedad de los poderes públicos y en particular del legislador, quien deberá desarrollar su actividad legislativa en materia de política criminal del Estado, dentro de los límites de la razonabilidad, y de la proporcionalidad con los demás valores y principios consagrados en el texto fundamental.

De esa manera se entiende que los derechos constitucionales de los ciudadanos se desarrollan como límite de la potestad punitiva del Estado, de tal forma que su

núcleo esencial y criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal, así lo declara la Corte de Constitucionalidad cuando refiere:

"El artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala expresa que no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. Este principio, que a su vez constituye una garantía para un juzgamiento conforme al principio jurídico del debido proceso, constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática, e impone la obligación al legislador ordinario de definir en la forma más clara y precisa posible (lex certa) cuáles son esas "acciones u omisiones" que son consideradas punibles mediante la determinación de tipos penales que contemplen una clara definición de la conducta incriminada, concretizar sus elementos y permitir así deslindar conductas punibles de aquellas que no lo son. Esto cobra aún mayor relevancia en regímenes

democráticos en los que tanto el legislador como el juzgador deben, en extremo, ser prudentes para que en el establecimiento e imposición de sanciones penales, no menoscaben derechos fundamentales de las personas, por sancionar la realización de conductas que de acuerdo con el espíritu del ordenamiento constitucional no podrían ser punibles. Por ello, las leyes que mediante la regulación de tipos y sanciones penales propendan a una protección indebida e irrazonable a un funcionario e impidan con ello el escrutinio público de su labor pública (Auditoría Social), atentan contra el derecho a la libre expresión del pensamiento y, por ende, afrentan al propio régimen democrático. ". Gaceta No. 79. Expediente 1122-2005. Sentencia de fecha: 01/02/2006.

En la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, se observa que se atiende, pero de manera muy general se establecen parámetros de razonabilidad, y proporcionalidad como límite a la potestad legislativa en materia penal, se observa el amplio ámbito que se le otorga al legislador, en el diseño normativo para establecer

mecanismos dirigidos a evitar o desincentivar que los individuos incurran en determinadas conductas, prevención general. Este mandato del diseño normativo no debe implicar en sí mismo un mandato de criminalización dirigido al legislador.

Con esta libertad en el diseño legislativo el Estado cuenta con numerosos y diversos medios para alcanzar sus fines, pero, debe tomarse en cuenta, que en una democracia todas las decisiones de los poderes públicos deben estar justificadas y sometidas a control, y deberá maximizarse este control, cuando el Estado elige los mecanismos más intensos de intervención a su disposición, tal es el caso de la norma penal, por esa razón debe ofrecer también, las mejores razones que den cuenta de su decisión.

Por otra parte, debe ponderarse que la política criminal del estado encuentra su fundamento y límite en la Constitución Política de la Republica. Así la política criminal debe ajustarse con una correlativa ampliación de los contenidos esenciales de los derechos fundamentales, lo cual refuerza la necesidad de analizar el

impacto que las decisiones político criminales del legislador tienen sobre los derechos y garantías fundamentales que consagra la constitución Política de la Republica.

Partiendo de esta base, la Corte de Constitucionalidad cuando se le insta al control de constitucionalidad de las decisiones del legislador guatemalteco, se ha manifestado señalando:

“(...) porque el control de constitucionalidad tiene como objeto evitar los excesos de poder que contravengan los principios y normas de la Carta Fundamental (...)”. Gaceta No. 41. Expediente 230-96. Sentencia de fecha 31/07/1996.

Partiendo de los conceptos que introduce la jurisprudencia constitucional, referente a la evitación de excesos de poder que contravengan los principios y normas de la Carta Fundamental, extensiva en materia de política criminal, el análisis de control constitucional en materia penal debe de dar lugar, al control de constitucionalidad mediante el análisis de factores de proporcionalidad.

En este orden de ideas nuestra postura hace hincapié en la necesidad de desplazar al legislador desde un poder tradicionalmente superior a un poder subordinado al control de Constitucionalidad, expresado en los mandatos normativos de la Constitución Política de la República. Así, la constitución política de la República y, en concreto, los derechos fundamentales en ella consagrados se constituyen en fundamento y límite de la actuación de todos los poderes públicos del estado, y en especial del legislador.

3.- Control de constitucionalidad de la política criminal del estado

De esta manera se trata de introducir factores que propicien una orientación político-criminal racional a partir del control de constitucionalidad de las leyes penales; control que se realiza por la Corte de Constitucionalidad cuando indica:

“Es competencia de esta Corte la declaratoria de la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de

carácter general, como garantía de la superioridad de la Constitución, para cuyo ejercicio existen dos sistemas por los cuales puede obtenerse la depuración del ordenamiento: a) el artículo 266 de la Constitución instituye la inconstitucionalidad en casos concretos, y b) el artículo 267 de la misma reconoce la acción contra leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general. En ambos casos el enjuiciamiento es de normas, no de actos, pero ofrecen diferencias en cuanto a su tramitación y efectos de su declaratoria. En la primera, el fallo es relevante únicamente al caso concreto y frente a los sujetos de la relación procesal. En cuanto a la segunda, el enjuiciamiento y la declaratoria son de orden abstracto y el fallo tiene efectos frente a todos.” Gaceta No. 44. Expediente 15-97. Sentencia de fecha 06/06/1997.

El análisis para la denuncia de control de constitucionalidad de las leyes, en este caso las penales, debe realizarse, bajo dos premisas: en primer lugar, debe atenderse al control material sobre las decisiones adoptadas por el legislador en materia penal, esto es, tanto la

tipificación de conductas como la definición de sanciones frente al contenido normativo de la carta Constitucional. El segundo punto de análisis debe enfocarse en el control de legalidad formal de la ley penal, es decir, el control que debe ejercer la corte constitucional para verificar el cabal cumplimiento por el legislador de las normas de competencia y procedimiento en la creación normativa de tipos y sanciones penales.

Dicha posición se respalda con la jurisprudencia de la Corte de Constitucional cuando indica:

“el examen puede comprender tanto las denuncias de inconstitucionalidad de las normas por vicios materiales como la de los actos legislativos por vicios formales. Los poderes públicos están sometidos a la norma fundamental y fundamentadora de todo orden jurídico y, en consecuencia, quedan sometidos al control de constitucionalidad no solamente las normas de rango legal objetivadas externamente, sino también los procesos legislativos "interna corporis" que deben ajustarse a las normas que la Constitución prescribe.” Gaceta No.

40. Expediente 669-94. Sentencia de Fecha 03/08/1995.

Pero también, partimos de la necesidad de que el tribunales Constitucional desarrolle en alto grado una revisión de la compatibilidad de las leyes penales con la Constitución Política de la República, cuestión que debe realizarse, según considero ha dejado anotada la jurisprudencia constitucional, mediante los beneficios que ofrece el principio de proporcionalidad como herramienta para satisfacer los requisitos de racionalidad de las leyes penales, cuestión que ha quedado reconocida por la Corte de Constitucionalidad en la enunciada jurisprudencia contenida en Gaceta No. 79. Expediente 1122-2005. Sentencia de fecha: 01/02/2006; y Gaceta No. 41. Expediente 230-96. Sentencia de fecha 31/07/1996.

Bajo esta perspectiva la denuncia deberá expresar el análisis si, por un lado, el fin que busca protegerse por la ley penal es constitucionalmente legítimo para, luego, establecer si la medida consagrada en la ley resulta adecuada para beneficiar o mejorar la situación del bien jurídico

amenazado. En este extremo considero que la obligación de la prueba afectará a quien alegue la ilegitimidad del fin o la falta de idoneidad de la ley penal.

Legitimidad de la finalidad que busca proteger la ley penal y determinar si la medida legislada es la adecuada para la protección del bien jurídico amenazado, son factores de análisis respecto a la proporcionalidad, en comprobación de la idoneidad de la norma penal.

En este extremo la exigencia del postulante, respecto al exámen general que debe presentarse a la corte para que se realice el exámen de idoneidad sobre la legislación penal, deberá de evitar que se realice sobre mínimos.

Puesto que en lo que respecta a la comprobación de la existencia de un fin legítimo, bastaría para la corte, según entiendo, con que existan indicios de que la conducta que prevé el tipo penal ponga en riesgo un bien jurídico con algún enclave constitucional. Lo cual sería bastante para dar por buena, en principio, la decisión legislativa de castigar penalmente una conducta. Es más, surge la preocupación de que el exámen que

realiza la corte no incida en la comprobación de que la conducta sancionada en la norma sea o no socialmente dañosa (principio de lesividad), aceptando el criterio del legislador. Argumentos que se deduce en gran medida cuando indica:

“El análisis para establecer la incompatibilidad entre la Ley y la Constitución debe ser eminentemente jurídico, sin sustituir el criterio del legislador sobre la oportunidad o conveniencia de las decisiones tomadas. (...) Los actos y las normas que tienen su origen en decisiones de los poderes legítimos tienen una presunción de constitucionalidad, lo que trae como consecuencia el considerar como excepcional la posibilidad de invalidarlos; situación que especialmente se manifiesta cuando se trata del órgano legislativo, el cual dispone de distintas alternativas a la hora de legislar, siempre dentro del marco fijado por el constituyente. Puede declararse la inconstitucionalidad cuando es evidente la contradicción con la Constitución y existan razones sólidas para hacerlo. Cuando no haya bases suficientes se debe respetar la decisión del Congreso,

porque de acuerdo con el principio democrático, es el único autorizado para decidir las políticas legislativas que el constituyente dejó abiertas. La carta debe declarar la inconstitucionalidad de la ley cuando su contradicción con el texto constitucional es clara; en caso contrario, es conveniente aplicar el principio de conservación de los actos políticos y la regla básica en la jurisdicción constitucional: "indubio pro legislatoris". Gaceta No. 40. Expediente 669-94. Sentencia de Fecha: 03/08/1995

Pero también, se hace oportuno recordar al legislador que debe procurar no acudir al ámbito penal cuando cuente con otros medios a su alcance que resulten menos lesivos e igualmente adecuados para el amparo de los bienes jurídicos que pretende proteger (principio de necesidad). De tal manera que debe exigirse que en la elección de instrumentos dirigidos a la tutela del bien jurídico se pondere por aquel o aquellos que representen un menor grado de incidencia sobre los derechos fundamentales; por otra parte, que se compruebe su igual capacidad para proteger el bien jurídico.

En conclusión la esfera general de reclamo podría abarcar cuatro puntos esenciales:

Primero: Incidir en la Corte para que verifique que la finalidad que persigue la norma es constitucionalmente legítima, o que en todo caso, no se encuentre expulsada por la constitución. Pero también, debe indagar si la norma representa un medio adecuado para lograr el fin propuesto. De esta manera el control de constitucionalidad, deberá cuidar que la medida no conlleve una amenaza para el derecho constitucional restringido por la medida legislativa.

Segundo: Debe evaluarse no solamente que el fin de la norma sea legítimo o no prohibido constitucionalmente, sino que debe tratarse de un fin constitucionalmente importante, esto es, que la medida normativa bajo revisión tenga como finalidad la promoción de intereses públicos que estén protegidos por la constitución.

Tercero: La evaluación de la corte, además de comprobar la importancia constitucional del fin,

deberá analizar si la medida no es sólo adecuada para alcanzar el fin propuesto, sino efectivamente adecuada para alcanzarlo y, además, que no resulta evidentemente desproporcionada en términos de ponderación entre el fin constitucional que persigue y el bien o bienes constitucionales que sacrifica.

Cuarto: La corte debe hacer un exámen de proporcionalidad en sentido estricto, dado el caso, evaluar si aquellos bienes o intereses constitucionalmente legítimos e imperiosos que se busca proteger con la medida, poseen un valor o peso constitucional mayor que los derechos que se sacrificarían con su normativización y efectiva aplicación.

Nota. Las negritas son del autor del artículo.

Referencias Bibliográficas

1. Baratta, Alessandro. Criminología Crítica Y Crítica del Derecho Penal; Introducción a la Sociología Jurídico-Penal. Siglo XXI editores, S.A. Primera Edición en Español, 1986; décima reimpresión, 2013. México D.F.
2. DELMAS- MARTY, MIREILLE. Modelos Actuales de Política Criminal. Ministerio de Justicia. Madrid 1986.
3. Roxin, Claus. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, la Estructura de la Teoría del Delito. Editorial Civitas, S.A.; Traducción de la Segunda Edición Alemana. Madrid España. 1999.
4. Rodríguez Manzanera, Luis. Criminología. Editorial Porrúa. Vigésimasexta Edición. México 2012.

Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad Guatemala

1. Gaceta No. 20. Expediente 364-90. Sentencia de fecha 26/06/1991.
2. Gaceta No. 40. Expediente 669-94. Sentencia de Fecha: 03/08/1995.
3. Gaceta No. 41. Expediente 230-96. Sentencia de fecha 31/07/1996.
4. Gaceta No. 44. Expediente 15-97. Sentencia de fecha 06/06/1997.
5. Gaceta No. 58. Expediente 481-2000. Sentencia de fecha 11/10/2000.
6. Gaceta No. 69. Expediente 1098-2003. Sentencia De fecha 19/09/2003.
7. Gaceta No. 79. Expediente 1122-2005. Sentencia de fecha: 01/02/2006.

Legislación Nacional

1. Constitución Política de la República de Guatemala.
2. Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.
3. Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.
4. Decretos 36-80, 20-96, 30-2001, 9-2009, 31-2012, 48-95, del Congreso de la República

La carrera del Defensor Público



La carrera del Defensor Público

M.A. Raúl René Robles de León

- I. Marco referencial.
- II. Causas que la justifican.
- III. El Sistema de Carrera.
 - a. Órganos del Sistema de Carrera.
 - b. Administración.
 - c. Componentes esenciales del Sistema de Carrera
 - d. Suspensión y terminación de la carrera, régimen financiero

regulada una Carrera del Defensor Público, la experiencia obtenida por el Instituto de Defensa Pública Penal ha desembocado en la regulación específica de tal Carrera. El fundamento ha de encontrarse en el Derecho al trabajo regulado en la Constitución y en otras regulaciones de carácter constitucional y de carácter ordinario que adelante mencionamos.

I.- Marco referencial:

Resulta imperativo señalar, en el marco conceptual del presente trabajo, que dentro del esquema de aplicación de los derechos fundamentales que la Constitución establece, tal aplicación se complementa con la organización del derecho al trabajo de parte de aquellos que tienen a su cargo la defensa de los derechos de las personas, es decir, los propios defensores públicos. Aún cuando en un principio no se encontraba

Aún cuando la Constitución Política establece la carrera judicial en relación con los juzgadores¹, deben formularse algunas derivaciones respecto del postulado de la Carta Magna en relación con los demás operadores del sistema de justicia, teniéndose como tales operadores por lo menos a los Defensores Públicos, Fiscales del Ministerio Público, los Jefes y agentes de la Policía Nacional Civil y del Sistema Penitenciario. Debe aclararse que el presente trabajo hace alusión solamente a la Carrera del Defensor Público por ser el tema central del mismo.

¹ Artículo 209 Constitución Política de la República de Guatemala.

Desde ese punto de vista hemos de decir, que lo relativo a la carrera judicial, es el mínimo requerido por la Constitución para los operadores del sistema de justicia, sin que ello quiera decir, que en los demás sectores deje de contemplarse, la existencia de una carrera.

El Servicio de Defensa Pública Penal, como institución al servicio de las clases necesitadas es producto de los Acuerdos de Paz², como ya quedó relacionado en líneas precedentes, pero como instituto al servicio del derecho de defensa, es producto de la Constitución misma, que en el artículo 12 señala como inviolable la defensa de la persona y sus derechos. Además existe regulación específica que aborda el tema de la carrera profesional, contenida en el reglamento respectivo.³

La actuación en el proceso penal del defensor público ha

adquirido en el presente siglo XXI un papel protagónico que puede enfocarse en distintas dimensiones: a) por una parte con dimensión social, para cubrir el espacio que la situación económica abre a las personas no dotadas económicamente⁴ y a aquellas que por disposición legal han de ser atendidas de inmediato⁵; b) con dimensión técnico jurídica de alta calidad, que abre una perspectiva de una mejor prestación del servicio, a diferencia de otras épocas.

Al mismo tiempo se aprecia la necesidad de una sólida formación que permita cubrir las necesidades de una profesión específica, cobertura que en primera instancia no pueden proporcionar las facultades de derecho, en parte por la falta de estudios especializados que no conciernen a la licenciatura. Dado su papel de parte esencial en el proceso penal, el defensor ha de poseer una formación técnico jurídico

² Signados en Guatemala el 29 de Diciembre de 1996, entre el Ejército de Guatemala y la URNG.

³ Ver el Reglamento Interna de la Carrera del Defensor Público de Planta, contenido en el Acuerdo No. 5-2009 del Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal.

⁴ Ver el artículo 1 de la Ley del Servicio Público Penal, Decreto Número 129-97 del Congreso de la República de Guatemala.

⁵ Ver artículo 98 del Código Procesal Penal Decreto Número 51-92 y sus reformas del Congreso de la República de Guatemala

específico de carácter exhaustivo⁶. No es posible que la institución del servicio público de defensa deje de postular el ejercicio de una carrera profesional de defensor, porque aquellos que realizan el servicio, van adquiriendo tal característica con su experiencia y con los conocimientos que como valor agregado obtienen en su actualización constante. Tampoco puede ser permisible que al advertirse la frágil formación general adquirida en la universidad, deje de ser prioritario el establecimiento de una carrera en la que la experiencia, los méritos y los estudios complementarios vayan depurando el servicio, y en que además de estímulos de carácter administrativo, se establezcan los de carácter económico y académico.

Pero también, es un deber legal el establecimiento de una carrera para el Defensor Público, porque se encuentra implícito en la Ley del Servicio Público de defensa penal.⁷

II. Causas que la Justifican

Existen causas de carácter legal y práctico, que justifican la carera del Defensor Público.

a. Dentro de las causas de carácter legal están:

-Las disposiciones de la Constitución Política de la República de Guatemala, relativas a los derechos fundamentales contemplados en la misma y que dan origen al derecho de defensa de la persona, el cual es inviolable⁸, por consecuencia ha de buscarse como Instituto de la Defensa Pública Penal su perfeccionamiento y que el mismo sea brindado con un nivel de excelencia por parte de los servidores públicos; De igual forma sienta el precedente constitucional al referirse a la carrera judicial⁹, marcando pautas referente a la selección e ingreso, desarrollo del personal en los puestos que ocupa y su profesionalización, dejando ésta

⁶ Ver el artículo 12 numeral 10 de las funciones del Director General, Decreto Número 129-97 del Congreso de la República de Guatemala.

⁷ Ver Artículos 38 y 39 de la Ley del Servicio Público Penal Decreto 129-97 del Congreso de la República de Guatemala.

⁸ Ver Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

⁹ Ver el Artículo 209 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

como ejemplo para las demás carreras en el de las instituciones que componen el sector justicia.

-Las disposiciones contenidas en los Acuerdos de Paz especialmente el Acuerdo sobre el Fortalecimiento del Poder civil y función del Ejército en una Sociedad Democrática, que definió el compromiso de establecer el Servicio Público de Defensa Penal para brindar asistencia a quienes no pudieran tener servicios de Asesoría legal por parte de profesionales del derecho particulares, motivando la creación de un ente que brindara el servicio a nivel nacional con autonomía funcional e independencia¹⁰.

-Producto de lo anterior se crea la Ley de Servicio Público de Defensa Penal, la cual crea al Instituto de la Defensa Pública Penal como el ente encargado de brindar el servicio de Defensa de los Derechos Garantizados por la Constitución, indicándose en el

cuerpo normativo legal lo referente a la carrera del Defensor Público.¹¹

b. Como elementos esenciales de carácter práctico que se inspiran en la ley están:

-Las disposiciones contenidas en el Reglamento del Servicio Público de Defensa Penal especialmente lo referente a la estructuración organizacional técnica jurídica, la profesionalización profesional mediante capacitaciones que propicien el desarrollo de los Defensores Públicos y todo lo referente al proceso de selección e ingreso a Defensor Público de Planta.¹²

-Los objetivos del Plan Estratégico de la Institución para los años 2005-2009, especialmente el relativo a la profesionalización especializada del abogado defensor a través de la institucionalización de la carrera profesional del defensor, que contiene el principal compromiso

¹⁰ Compromiso III, numeral 13, literal b) del Acuerdo sobre el Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática.

¹¹ Artículos 35-38 y 39 de la Ley del Servicio Público de Defensa Penal.

¹² Artículos 5 inciso b) modificado por el Acuerdo 01-2001, 11 incisos k), y s); 18,d); 41; y 54 del Reglamento de la Ley del Servicio Público de Defensa Penal.

institucional de desarrollar un programa que permita normar el ingreso, desarrollo, permanencia del personal calificado, mediante un sistema que permita establecer reglas claras de desarrollo profesional, dicho Plan es el inicio de la realización de un proceso participativo y democrático del Sistema de Carrera para los Defensores Públicos de Planta¹³.

-Producto de lo establecido como objetivo del Plan Estratégico 2005-2009, se desarrollo un proceso a nivel nacional con todos los Defensores Públicos presentando los fundamentos filosóficos y el diseño básico e inicial para la creación y desarrollo de cada uno de los elementos que componen la Carrera del Defensor Público, concluyendo el proceso de implantación en la creación y promulgación del Reglamento Interno de la Carrera del Defensor Público de Planta, autorizado mediante acuerdo 05-2009 del Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal, que entró en vigor el veintiuno de octubre de dos mil

nueve, y su reforma contenida en el acuerdo 01-2010 del referido Consejo.

III. El Sistema de Carrera.

En virtud a lo que establece el artículo 209 de la Constitución Política de la República de Guatemala referente a la carrera judicial, siendo un punto de partida y fundamento de las carreras profesionales del sistema penal, podemos definir el Sistema de Carrera como el conjunto de normas y procedimientos que regulan el ingreso, promoción y ascenso del Defensor Público. Todo ello implica lo relativo a su permanencia, promoción y/o ascensos, traslado, capacitación y actualización, evaluación del desempeño y control disciplinario¹⁴.

En el marco legal interno encontramos que el objeto y fines del Sistema de Carrera son: establecer y desarrollar los preceptos, normas y procedimientos del Sistema de Carrera del Defensor

¹³ Instituto de la Defensa Pública Penal. Plan Estratégico 2005-2009. Guatemala, diciembre de 2004. Págs. 27 a 29.

¹⁴ Memoria de Labores del Departamento de Carrera Institucional del Instituto de la Defensa Pública Penal.

Público de Planta del Instituto de la Defensa Pública Penal, así como crear los órganos necesarios para su administración y operación.¹⁵

La Carrera del Defensor Público de Planta establece el sistema regula el ingreso, permanencia, promoción, ascenso, capacitación, incentivos y otras actividades de los defensores Públicos de Planta del Instituto de la Defensa Pública Penal. El cual tiene por propósito fundamental contribuir a la humanización y fortalecimiento del Sector Justicia a partir de formar Defensores Públicos calificados, comprometidos y con alto sentido ciudadano, considerando fundamental y urgente que los operadores de justicia ejerzan su profesión con legitimidad, credibilidad y honorabilidad frente a los usuarios y población¹⁶.

El Sistema de Carrera del Defensor Público, de acuerdo con el artículo 3 del reglamento específico ya mencionado “es la

organización de elementos y criterios institucionales respecto del ingreso, desarrollo y permanencia de los Defensores Públicos de Planta”. En esa virtud, su ámbito de aplicación lo constituyen esencialmente los Defensores Públicos de Planta, pero sin dejar de tomar en cuenta aquellos que como los Defensores de Oficio, también realizan tareas de defensa, y que pueden acceder al servicio denominado de Planta llenados los requisitos establecidos por el reglamento.

Los abogados Defensores Públicos de Planta ejercen sus funciones de acuerdo con las disposiciones laborales de carácter nacional como la Constitución Política y el Código de Trabajo, pero al amparo del artículo 46 constitucional también de acuerdo con disposiciones de derecho internacional, lo cual garantiza la estabilidad en las mencionadas funciones.¹⁷

¹⁵ Artículo 1 del Reglamento Interno de la Carrera del Defensor Público de Planta. Acuerdo 5-2009 del Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal.

¹⁶ Diseño Básico e Inicial de Implantación del Sistema de Carrera para los Defensores Públicos de Planta. Departamento de Carrera Institucional del Instituto de la Defensa Pública Penal.

¹⁷ Ver Artículo 4 del Reglamento Interno de Carrera del Defensor Público de Planta. Acuerdo 5-2009 del Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal.

a. Órganos del Sistema de Carrera.

Para el buen funcionamiento del Sistema de Carrera del Defensor Público, es necesario establecer un órgano gerencial que coordine su desarrollo y ejecución en cada una de sus fases, por lo que se crea en la normativa interna el Consejo de la Carrera del Defensor Público quien es el responsable de la Carrera del Defensor Público de Planta¹⁸.

Dicho consejo está integrado en la siguiente forma:

1.- La Dirección general del Instituto quien lo preside. En virtud al artículo 12 de la Ley del Servicio Público de Defensa Penal se asigna a la Dirección General amplias funciones de gerencia y demás pertinentes para el cumplimiento de los fines institucionales, por lo que en tal principio como órgano superior componen dicho Consejo.

2.- La Dirección Ejecutiva y de Recursos Humanos. Por ser un proceso dirigido completamente al Recurso Humano de la Institución y la misma crea políticas

institucionales referentes al ingreso, desarrollo y permanencia del personal calificado, es necesario que las decisiones que se tomen en el consejo vayan respaldadas por el órgano superior en materia de Recursos Humanos.

3.- La Dirección de la División de Coordinaciones Técnico Profesionales. En el presente caso se ha establecido la Carrera del Defensor Público de Planta, el cual pertenece a la presente Dirección por lo que es necesaria su representación ya que todo lo ejecutado en la materia de carrera se enfoca en los perfiles y mecanismos de evaluación del Desempeño de los Defensores Públicos.

4.- La Coordinación de la Unidad de Formación y Capacitación. Siendo el ente rector de la formación, capacitación y actualización de los Defensores Públicos de planta es necesaria la toma de decisiones productos de los planes de profesionalización del personal calificado.

¹⁸ Ver Artículo 6 del Reglamento Interno de la Carrera del Defensor Público de Planta del Instituto de la Defensa Pública Penal, Acuerdo Número 5-2009 del Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal.

5.- Un representante de los Defensores Públicos de Planta o su suplente. Esto nace en virtud de que el sistema de carrera fue desarrollado e implantado mediante la legitimación democrática del personal calificado por lo que el representante es el encargado de hacer valer los derechos que conciernen a los Defensores Públicos. Representante deberá ser electo de manera democrática por todos los Defensores Públicos.

6.- La Jefatura del Departamento del Sistema de Carrera Institucional. Como el ente encargado de coordinar todos los elementos del Sistema de Carrera.

En virtud al principio de legalidad, quedan plasmadas las funciones que tiene que desempeñar el Consejo en mención las cuales son:¹⁹

1.- El análisis, revisión, modificación y aprobación de las propuestas de reformulación de políticas relacionadas con el Sistema de Carrera.

2.- Conocer, tramitar y resolver los recursos que se interpongan en contra de las resoluciones del proceso de evaluación del desempeño, emanadas de la Jefatura del Sistema de Carrera.

3.-Efectuar la convocatoria para la elección de representante y suplente de los defensores públicos para integrar este consejo.

4.-Aprobar los manuales para la ejecución del Sistema de Carrera en las Distintas áreas.

b. Administración del Sistema de Carrera

Corresponde a la Dirección General: nombrar, designar y remover a los defensores de planta y defensores de oficio, de acuerdo a las previsiones y requisitos de la presente Ley y su reglamento²⁰, esto se complementa con el artículo 10 del Reglamento Interno de la Carrera del Defensor Público de Planta el cual establece que corresponde a

¹⁹ Artículo 7 del Reglamento Interno de Carrera del Defensor Público de Planta. Acuerdo 5-2009 del Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal.

²⁰ Ver Artículo 12 numeral 5 de la Ley del Servicio Público de Defensa Penal, Decreto Número 129-97 del Congreso de la República de Guatemala

la Dirección general el nombramiento, designación y remoción de los Defensores Públicos, en tal sentido es el órgano de administración del sistema de carrera.

De igual manera el reglamento en mención crea el Departamento de la Carrera Institucional, a quien le corresponde la administración de la Carrera del Defensor Público de Planta, dependiendo jerárquicamente de la Dirección Ejecutiva y de Recursos Humanos del Instituto de la Defensa Pública Penal²¹.

Para el desarrollo de sus funciones y atribuciones del Departamento de la Carrera Institucional está integrado por:

1. La Jefatura del Departamento de Carrera Institucional, a cargo actualmente de un Defensor Público de Planta.

2. Los profesionales facilitadores de la Carrera Institucional y

3. Los asistentes de Carrera Institucional.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 12 del Reglamento de Carrera, son funciones y atribuciones del Departamento de la Carrera Institucional las siguientes:

- 1.- Desempeñar una función gerencial, siendo responsables de instituir, dar seguimiento y controlar el Sistema de la Carrera.

- 2.- La reformulación de las políticas relacionadas con el Sistema de Carrera de acuerdo con la realidad institucional, considerando las leyes, reglamentos, normas y manuales que rigen la ejecución del Sistema de Carrera, los ajustes en la estructura funcional y la realidad presupuestaria anual.

3. Asesorar y asistir técnicamente a los Departamentos del Instituto de la Defensa Pública Penal, con relación a las funciones respectivas relacionadas con el Sistema de Carrera, específicamente en los programas, normas y políticas que tengan vinculación con el

²¹ Ver Artículo 11 del Reglamento Interno de Carrera del Defensor Público de Planta. Acuerdo 5-2009 del Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal.

Sistema de Evaluación del Desempeño, red Curricular de la Unidad de Formación y Capacitación de defensores Públicos, el Departamento de Desarrollo Organizacional y la Estructura Salarial y de incentivos de acuerdo con los niveles indicados en el Sistema de Carrera.

4. Someter a consideración del Consejo de la Carrera del Defensor Público, cuya integración ya hemos mencionado antes, los reglamentos e instrumentos necesarios para la implantación y ejecución del Sistema de Carrera para ser presentados ante el Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal para su aprobación.

Como se menciona la Jefatura del Departamento de la Carrera Institucional está a cargo de un Defensor Público de Planta, quien conoce la realidad que vive el Defensor Público y encamina las políticas con la finalidad de prestar un servicio de defensa de excelencia.

c. Componentes esenciales del Sistema de Carrera

·Evaluación del Desempeño:

Como consecuencia del crecimiento institucional, resultó necesario establecer un sistema de requisitos que coadyuve a la excelencia de los Defensores Públicos y establezcan reglas claras del transcurso profesional, además es indispensable que el Defensor Público adquiera los insumos para desarrollarse dentro de la institución. Este proceso conlleva a promover decisiones y cambios en áreas claves de la Institución por medio de distintas iniciativas como el desarrollo de un Sistema de Evaluación del Desempeño para los Defensores Públicos de Planta, generando indicadores e implementando métodos e instrumentos que permiten la correcta y efectiva evaluación y retroalimentación del ejercicio profesional, permitiendo medir objetivamente el nivel de desempeño individual e institucional del servicio público de defensa.

La implementación de un Sistema de Evaluación del Desempeño es una inversión al Recurso Humano, permitiendo a sus profesionales conocer claramente su quehacer profesional a partir del cumplimiento del Mandato Institucional, su evolución en la

calidad del desempeño laboral identificando y reconociendo las fortalezas y debilidades en su desarrollo profesional y promocionado los debidos reconocimientos, incentivos y beneficios al desempeño profesional con excelencia. El principal beneficio de implementar un Sistema de Evaluación del Desempeño es generar el auto conocimiento individual promoviendo un ambiente institucional en donde la sinergia de todo el personal calificado que se encuentra desarrollándose con todos los insumos profesionales necesarios y en condiciones óptimas dará como consecuencia una fuerza técnica de defensa y un crecimiento institucional, continuando el Instituto de la Defensa Pública Penal a través del reconocimiento de su personal calificado, como agente de cambio dentro del Sector Justicia y brindado un servicio eficiente y oportuno de acuerdo al cumplimiento del Mandato Institucional. En tal virtud el Sistema de Evaluación del Desempeño para los Defensores

Públicos de Planta es una apreciación sistemática de cómo cada persona se desempeña en un puesto y de su potencial de desarrollo a futuro. Básicamente es el proceso por el cual el profesional recibe una retroalimentación técnica a respecto de su desempeño en cuanto al cumplimiento del quehacer profesional, que por su vez tiene el propósito institucional de garantizar y reconocer el nivel de excelencia en el cumplimiento del Mandato Institucional del Instituto de la Defensa Pública Penal²².

El objetivo general es el mejoramiento de las capacidades del personal en relación a las necesidades de la Institución, como un proceso resultante de distintas acciones continuadas durante todo el año y constantes durante todo el transcurrir laboral del profesional dentro del Sistema de Carrera²³.

En ese sentido fue necesario desarrollar objetivos específicos que permiten:

²² Ver Artículo 30 del Reglamento Interno de Carrera del Defensor Público de Planta. Acuerdo 5-2009 del Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal.

²³ Ver Artículo 29 del Reglamento Interno de Carrera del Defensor Público de Planta. Acuerdo 5-2009 del Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal.

§ Motivar a los Defensores Públicos a mejorar y mantener su desempeño a través de la retroalimentación;

§ Identificar las necesidades de entrenamiento y capacitación del personal del IDPP;

§ Permitir, a partir de los resultados obtenidos, un conocimiento amplio del desempeño de los profesionales y como consecuencia un conocimiento amplio y confiable del desempeño institucional. A partir de los resultados obtenidos individualmente, se genera un panorama del desempeño por áreas o unidades de trabajo y consecuentemente de toda la institución;

§ Proporcionar la base de información en cuanto al desempeño del personal de la institución, promoviendo los debidos reconocimientos, beneficios e incentivos al personal que se desempeña con excelencia;

§ Servir de base y fundamento a las principales acciones y movimientos de los empleados, en

función del rendimiento y mérito del personal.

El sistema de evaluación del desempeño es aplicado a todos los Defensores Públicos de Planta que componen el Sistema de Carrera en los niveles respectivos²⁴.

La ejecución del Sistema de Evaluación del Desempeño brinda beneficios en su aplicación entre los cuales encontramos:

§ Conocer el desempeño de los Defensores, los resultados alcanzados por las distintas unidades y el impacto en el desempeño institucional sea a nivel interno, bien como al nivel externo (usuarios, sector justicia, otros);

§ Identificar las necesidades o insumos que deben ser proporcionados por la Institución para viabilizar el desempeño de sus profesionales en su labor, como identificar las acciones de motivación para el profesional y acciones correctivas para la mejoría continua de los procesos en las distintas unidades del Instituto.

²⁴ Ver Artículo 31 del Reglamento Interno de Carrera del Defensor Público de Planta. Acuerdo 5-2009 del Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal.

§ Permitir por medio de indicadores confiables la obtención de una base de medición real de los resultados de cada uno de sus colaboradores y como consecuencia un panorama de su área de responsabilidad;

§ A partir de los resultados obtenidos, definir acciones a nivel individual y por unidad en la constante búsqueda de excelencia laboral.

§ Trabajar a partir de reglas claras y justas los aspectos de desempeño que son importantes para la Institución y las expectativas esperadas por la Institución en relación a los Defensores.

§ Al permitir estos encuentros de discusión entre evaluador y evaluado se logra generar un ambiente más favorable para el auto conocimiento profesional de los Defensores, lo cual impacta de forma positiva en los resultados institucionales;

§ Permite detectar problemas en los procesos, asignaciones de

recursos y funciones que pueden estar afectando el desempeño del personal

El objeto entonces de la evaluación del desempeño para los Defensores Públicos de planta es identificar a través de la aplicación de instrumentos de evaluación, las fortalezas y debilidades en la prestación del servicio público de defensa, con la finalidad que los mismos desarrollen habilidades, destrezas y se les proporcionen los insumos necesarios para la prestación del servicio.²⁵

En términos generales, la evaluación del desempeño sirve de base para el movimiento de los defensores en función de su rendimiento y méritos personales.

Lo relativo a la evaluación del desempeño de los Defensores Públicos de Planta se encuentra en el Reglamento de la Carrera del Defensor Público de planta, disposición que se complementa con el Manual de Evaluación del Desempeño.

²⁵ Ver Artículo 29 del Reglamento Interno de Carrera del Defensor Público de Planta. Acuerdo 5-2009 del Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal.

El período de evaluación del Defensor Público es anual. Pudiendo contemplarse períodos extraordinarios conforme las necesidades de la Institución. La calificación anual se obtiene a partir de los resultados y puede consistir en:²⁶

a.- Excelencia, que es el resultado superior al promedio o porcentaje establecido de acuerdo con los criterios determinados por la Institución, representa el 20% de la población evaluada;

b.- Consistencia, es el promedio o porcentaje mínimo esperado en cuanto a los criterios de desempeño definidos por la institución; representa el 20% de la población evaluada;

c.- Inconsistencia: resultado por debajo del promedio o porcentaje mínimo establecido por la institución; representa el 20 por ciento de la población evaluada.

Los resultados que se obtienen mediante la evaluación del desempeño no limitan los derechos establecidos en la legislación nacional e internacional²⁷.

Proceso del sistema de evaluación del desempeño.

El proceso de evaluación debe garantizar:

§ Definición y concertación de los criterios y los instrumentos necesarios para la recolección de la información, el seguimiento a los compromisos, el registro de las observaciones, diálogos, reuniones y demás actividades en torno de la evaluación de desempeño y el plan de desarrollo;

§ Total conocimiento y plena comprensión del proceso general, de los instrumentos y la metodología de la evaluación por parte de del personal involucrado (evaluadores y evaluados);

²⁶ Ver Artículo 32 del Reglamento Interno de Carrera del Defensor Público de Planta. Acuerdo 5-2009 del Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal.

²⁷ Ver Artículo 33 del Reglamento Interno de Carrera del Defensor Público de Planta. Acuerdo 5-2009 del Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal.

§ Definición y entendimiento claro de las responsabilidades asignadas a cada una de las unidades involucradas en el proceso de evaluación, incluyendo el cumplimiento de todas las etapas dentro del cronograma previsto en el Sistema de Evaluación del Desempeño.

§ Diseño Curricular

Otro elemento importante y consecuente del Sistema de Carrera, es lo referente a la formación, capacitación y actualización de los Defensores Públicos. Está a cargo de la Unidad de Formación y Capacitación del Defensor Público²⁸ y se integra de la siguiente manera:

- a. Consejo Académico
- b. Coordinador de la Unidad
- c. Centro de Documentación y Biblioteca
- d. Docentes
- e. Otros que se integren al futuro con funciones similares.

Para dar cumplimiento con lo establecido la Unidad tiene las siguientes funciones o atribuciones importantes:

a. Desarrollar un programa de actualización permanente para el personal que ejecuta labores de asesoría técnica.

b. Coordinar el trabajo de los capacitadores, en lo relacionado con los planes de trabajo de la Unidad.

c. Formular y presentar al Director General, objetivos, procedimientos y estrategias para la organización y desarrollo de programas de capacitación, actualización y mejoramiento del nivel técnico del personal del Instituto. De nuevo aquí, la Dirección General interviene, dado que la LSPDP le atribuye la función de elaborar los programas de capacitación.²⁹

d. Planificar y organizar el desarrollo de las actividades y eventos de formación y capacitación de profesionales y auxiliares.

²⁸ Ver Artículos 16ª al 16i del Reglamento del Servicio Público de Defensa Penal y sus reformas.

²⁹ Artículo 12 numeral 10 de la Ley del Servicio Público de Defensa Penal.

e. Revisar conjuntamente con los defensores públicos, la necesidad de fortalecer áreas específicas de capacitación y formación, con el objeto de aplicar las orientaciones teóricas recibidas.

f. Elaborar material didáctico y técnico jurídico para la actualización de los defensores públicos, asistentes, personal de investigación traductores e intérpretes del Instituto, así como los que sean necesarios orientados a la educación a distancia

Producto del desarrollo e implantación del sistema de carrera para el Defensor Público de Planta al estructurar el Diseño Curricular se establecen los aspectos siguientes:

1. Aspectos filosóficos

En cuanto a este aspecto el Instituto de la Defensa Pública Penal es muy claro con relación al profesional que espera se desempeñe en la institución. Se visualiza un profesional comprometido con el quehacer

institucional. En su actuar debe ser una persona ética que sepa respetar las diferencias individuales de las personas que debe defender, por lo tanto se espera que tenga una alta vocación de servicio. El servicio prestado al usuario no será remunerado, ya que deben prevalecer en él, mas valores institucionales que personales. Asimismo, se espera al fomentar los valores institucionales en el diseño curricular, incentivar a los Defensores Públicos para que mantengan un deseo permanente por formarse, capacitarse y actualizarse en las doctrinas y técnicas jurídicas de la defensa pública penal.³⁰

Es propósito del Instituto de la Defensa Pública Penal velar por un mejor desempeño institucional que contribuya al desarrollo del sistema de justicia en el país. Asimismo, debe participar en la solución de los problemas nacionales de justicia de manera proactiva y propositiva, identificándose en el ámbito de su competencia, ser garantes del debido proceso, velando por el

³⁰ Ver Manual de Diseño Curricular del Sistema de Carrera de los Defensores Públicos de Planta, Departamento de Carrera Institucional del Instituto de la Defensa Pública Penal. Pág. 6.

respeto de los derechos garantizados por la constitución como un agente de cambio.

Para ello y de manera coherente con los fines de la Constitución de la República y la Legislación Ordinaria en la materia, es necesario establecer políticas y planes de desarrollo orientados a formar, capacitar y actualizar a los Defensores Públicos y atender las necesidades prioritarias de justicia de la población, tomando en cuenta en todo momento la realidad social y los Códigos Procesales y Penales de Guatemala, las coyunturas que plantea la globalización, los avances científico-tecnológicos y los escenarios que emergen constantemente.

2. Aspectos sociales

En cuanto a este aspecto el Instituto de la Defensa Pública Penal ofrece sus servicios a las personas de escasos recursos. Al inicio del proceso solicita una declaración jurada de carencia de recursos económicos, que formará parte del expediente jurídico. Con esta declaración el Defensor Público

continúa ejerciendo la defensa técnica. En casos especiales, se solicita a la Coordinación de Apoyo Técnico, la realización de estudios socioeconómicos para conocer la situación económica de los usuarios, como información complementaria para la toma de decisiones que lo benefician. Es importante reconocer que Guatemala es un país con un alto porcentaje de pobreza y extrema pobreza, siendo los grupos indígenas los más afectados³¹.

Es importante que el Defensor Público conozca los diferentes grupos sociales, su situación económica y como se encuentra distribuida la pobreza en el país, ya que el -IDPP- tiene cobertura nacional. Estos conocimientos le permitirán relacionarse mejor con los usuarios y saber cuánto esperar de él en cuanto al manejo de sus problemas de justicia y su respectiva defensa.

3. Aspectos culturales

En el contexto actual, tienen vigencia dos fenómenos culturales de carácter global. Por un lado han surgido movimientos en todo el

³¹ Ver Manual de Diseño Curricular del Sistema de Carrera de los Defensores Públicos de Planta, Departamento de Carrera Institucional del Instituto de la Defensa Pública Penal. Pág. 8

mundo los cuales luchan porque la identidad cultural de los grupos étnicos sea respetada. Por otro lado, hay una creciente tendencia a la tolerancia cultural que invita a espacios donde se compartan los valores y fortalezas de cada grupo.

Implica aceptar que la cultura, cualesquiera que sean su origen y su forma, es un elemento constitutivo de la identidad de los individuos y, por tanto, ser respetados. Aceptar, asimismo, que todas las culturas, por distintas que sean, contienen elementos de valor, que pueden coexistir unas junto a otra y que la diversidad cultural es un bien en sí misma”³².

En el ejercicio de la defensa pública penal se necesitan sujetos conscientes de la riqueza cultural de Guatemala. Cada etnia nacional posee concepciones y prácticas propias de la justicia que, necesariamente, modifican las acciones del personal profesional que atiende este tipo de problemas. El conocimiento y manejo de los aspectos culturales ofrece al Defensor Público diversas

oportunidades de desarrollo profesional. El manejo de la cosmovisión indígena le permite saber cómo este grupo cultural entiende la justicia y que consiste en darle a cada quién lo que se merece³³.

Por lo tanto, es necesario para dar respuesta a la diversidad cultural del país que el Defensor Público que se forme, tenga bases de la cosmovisión de los guatemaltecos, interculturalidad y enfoque de género.

4. Aspectos del Desarrollo científico y tecnológico

Los Defensores Públicos y Coordinadores han de prepararse para desarrollar sus actividades en un mundo dominado por la información, las comunicaciones y el uso de las tecnologías que le dan soporte. Es necesario que sean conscientes del papel de la información electrónica y sus múltiples usos en la práctica profesional y su relación con los usuarios que atiende. Es importante

³² M. Fernández Enguita. (2001) Educar en tiempos inciertos. Ediciones Morata. Madrid. Pp. 50-52

³³ Ver Manual de Diseño Curricular del Sistema de Carrera de los Defensores Públicos de Planta, Departamento de Carrera Institucional del Instituto de la Defensa Pública Penal. Pág. 12

el tiempo que utiliza para aprender a ser usuario experto en el acceso, la recuperación, el uso y la evaluación de los instrumentos informáticos a su alcance. Además, las tecnologías han de proporcionar a los Defensores Públicos el soporte metodológico del nuevo paradigma de “aprender a aprender” a lo largo de su vida profesional. El diseño curricular debe promover la investigación jurídica; contribuyendo con la formación de los Defensores Públicos, para estimular en ellos la curiosidad, la indagación, la incertidumbre, y, orientarlo a buscar la respuesta correcta, siguiendo lineamientos metodológicos³⁴.

Es necesario e importante que los Defensores Públicos escriban y que publiquen en revistas especializadas de sello editorial o bien en revistas que se encuentran disponibles en el país y otros contextos internacionales.

5. Aspectos morales y éticos en general

La formación, capacitación y actualización de los Defensores Públicos fomenta la sensibilidad

social tomando en cuenta los valores de verdad, libertad, justicia, equidad, respeto, tolerancia y solidaridad, elevando su nivel humanístico y ético.

La formación de los profesionales es inseparable de su formación ética. Una de las vías para la formación de valores es la identificación con la visión y el perfil del Defensor Público, para lo cual es trascendental la influencia de la Unidad encargada de los procesos educativos en la institución. Es de considerar que el aprendizaje de la ética no se resuelve con una asignatura sino con un proceso de relación y convivencia ética con los colegas, las autoridades y con los usuarios a quienes defiende.

El diseño curricular se fundamenta en un marco de referencia que comprende: a. el marco situacional, que se refiere al ambiente físico; b. el marco político, que contiene los fundamentos legales para determinar la visión y perfil meta que este diseño curricular tiene la responsabilidad de lograr y c. Marco conceptual, que fundamenta el quehacer jurídico del Defensor Público.³⁵

³⁴ Ver Manual de Diseño Curricular del Sistema de Carrera de los Defensores Públicos de Planta, Departamento de Carrera Institucional del Instituto de la Defensa Pública Penal. Pág. 15

³⁵ Artículo 65 del Reglamento del Sistema de Carrera ya citado.

Las personas que tienen relación directa o indirecta con la aplicación del diseño curricular, se consideran sujetos curriculares, y dentro de tales se encuentran: Defensores Públicos de Planta, Supervisores, Coordinadores, Capacitadores, Defensores Públicos de Planta de Apoyo Técnico Jurídico y Defensores Públicos de Planta que se encuentren asignados temporalmente a funciones administrativas³⁶.

El diseño curricular es revisado y actualizado por la Unidad de Formación y Capacitación, con la aprobación del Consejo de la Carrera del Defensor Público. La actividad de la UNIFOCADEP³⁷ es relevante en estos aspectos ya que le corresponde la aplicación de la metodología de las capacitaciones conforme el Manual de Diseño Curricular del Sistema de Carrera y gestiona los recursos necesarios con la aprobación de la Dirección General. Las capacitaciones, según lo designa el reglamento del Sistema

de Carrera a que nos referimos, se efectúan de acuerdo con el nivel en que se encuentre el personal. Tales capacitaciones se realizan preferentemente, según lo dispone el artículo 71 del mencionado reglamento, fuera del horario laboral de la Institución.

Una norma reglamentaria de gran relevancia es el artículo 71 del Reglamento mencionado, que dispone que las capacitaciones establecidas en el diseño curricular son obligatorias. También se aprecia aquí la importancia de la UNIFOCADEP, en virtud de que se atribuye gran relevancia a la capacitación, para formar parte de los indicadores del Sistema de evaluación del desempeño, y se tomadas en cuenta dentro del proceso de postulación del nivel inmediato superior³⁸.

Estimamos correcta la posición del reglamento en cuanto al tema, ya que la capacitación de los operadores de justicia,

³⁶ Ver Artículo 66 del Reglamento Interno de Carrera del Defensor Público de Planta. Acuerdo 5-2009 del Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal.

³⁷ Acrónimo con que se conoce la Unidad de Formación y Capacitación de la Defensa Pública.

³⁸ Acrónimo con que se conoce la Unidad de Formación y Capacitación de la Defensa Pública.

tiene un origen constitucional, como se ha mencionado al analizar los derechos fundamentales que se relacionan con la Defensa de los procesados, y especialmente de la Defensa Pública.

Reiterando tales conceptos hemos de indicar que el Defensor, especialmente el Defensor Público, que la ciudadanía, especialmente la de escasos recursos económicos goza de gran prestigio profesional, se ha venido a convertir en garante, no solo del derecho fundamental de defensa sino de los derechos y libertades de los procesados, pero el eje de la formación de aquellos ha de ser el diseño curricular integrado por los cursos especializados que les brinda la Unidad de Formación y Capacitación. Con el modelo curricular y la integración de los diferentes niveles a las capacitaciones, se persigue una defensa pública de carácter profesional. La Unidad de Formación y capacitación entrega a los defensores públicos participantes la acreditación que corresponde a

quienes asisten y cumplen con los requisitos establecidos, además, presenta a requerimiento de la Jefatura del Sistema de Carrera el informe individual del control de cada uno de los Defensores Públicos respecto del cumplimiento con la capacitación.³⁹

La falta de experiencia profesional de los abogados que ingresan en los diferentes ramos de la administración como operadores del sistema de justicia, incluidos jueces, fiscales, asesores y otros, se suple aquí, en el caso de los defensores, con una formación que incluye la supervisión de la práctica y la capacitación cuya duración alcanza todos los niveles del personal. Todo ello porque las universidades no cumplen adecuadamente la función de proporcionar una formación integral al jurista. El carácter teórico de la formación que la universidad proporciona al jurista es otra de las razones que abonan la necesidad de la capacitación prevista en la red curricular y básicamente en el Reglamento de Carrera.

³⁹ Ver Artículo 74 del Reglamento Interno de Carrera del Defensor Público de Planta. Acuerdo 5-2009 del Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal.

Como se ha analizado precedentemente, para el ingreso al cargo de Defensor Público de Planta, es muy importante el curso de capacitación⁴⁰. De acuerdo con nuestra experiencia en el campo, podemos sugerir que siendo este un curso de formación inicial, y como todo programa que se establece para entrenar a los postulantes en las funciones a desarrollar, debe llenar principalmente el principio de calidad en la prestación de la defensa,⁴¹ su enfoque puede encaminarse a cumplir las finalidades siguientes:

a.- Una valoración ética sobre el rol a desempeñar en el proceso y en su relación procesal. Ha de incluirse como parte importante de la formación profesional del defensor público, un componente de reflexión ética sobre el contenido y límites de las funciones a desarrollar. A partir de un conocimiento óptimo del papel

de los derechos fundamentales de los sujetos procesales, y una reflexión sobre su contenido, alcances y las infracciones que se verifican en la práctica; ello es necesario para que el defensor desarrolle un protagonismo procesal y social.

b.- La adquisición de una cultura propia de trabajo, en atención a las exigencias y características que plantea la participación activa del defensor dentro del sistema adversativo, en coherencia con el principio de calidad en la prestación de la defensa.

c.- La adquisición de las habilidades necesarias para su desempeño en la vida práctica. En tal sentido debe tenerse en cuenta que este curso no tiene como perspectiva la transmisión de conocimientos jurídicos de manera teórica, como en el estudio de Licenciatura en las Universidades,

⁴⁰ Ver Artículo 54 del Reglamento del Servicio Público de Defensa Penal.

⁴¹ Este principio plantea que el defensor ha de estar consciente que las exigencias del sistema adversativo derivan en esquemas de servicios más fuertes, con mayores recursos y mejores incentivos hacia la calidad. "Con el fin de cumplir con el principio de calidad, será necesario evaluar en cada caso si el sistema de defensa cumple con algunos estándares mínimos que la hagan efectiva, es decir, si la asistencia del defensor en el casos concreto otorgó efectivamente un valor agregado a la información de descargo vertida en el proceso, si realmente la actuación del defensor constituyó un desafío a la aplicación de la ley penal del Estado, o logró realmente crear una tensión entre la pretensión estatal de aplicar la pena y la voluntad del imputado." Binder, Cordero, Hartmann, ob. Cit. Pág. 33

pues no tendría sentido reiterar el estudio de las materias que tradicionalmente integran el pensum universitario. Aquí deben integrarse áreas de acuerdo con la temática de los tribunales en que debe actuar el defensor: p.e. Juzgados de Primera Instancia, Tribunales de Sentencia, Juzgados de Femicidio, Tribunales de Femicidio, etc. y estudiar los casos reales según los expedientes tramitados o que se tramiten, estudiando a través del Case Method⁴² de manera conjunta el derecho sustantivo y adjetivo, algo que no ocurre en los estudios universitarios. Este es el método adecuado según la andragogía, propia de los estudios universitarios de post grado. A la par de estos, deben existir cursos complementarios sobre informática, tratamiento de textos y manejo de bases de datos, y actividades sobre técnicas de entrevista, prueba testimonial. Argumentación e impugnaciones.

d.- La adquisición de conocimientos sobre el entorno social. Con el objeto de suplir las deficiencias de conocimiento de la realidad en que van a desempeñarse, derivadas en algunos casos de la juventud del postulante, y en otros de la dedicación que han prestado a su preparación científica que les ha llevado a aislarse de la realidad, la instrucción debe complementarse con un componente de conexión de los futuros defensores con el entorno social en que van a desarrollar sus funciones. Lo que se pretende es la percepción persona de la realidad que ha de ser tenida en cuenta y que se verá reflejada en la resolución judicial: por ejemplo, La crisis de la organización familiar, la desintegración, malos tratos y crisis de la pareja; la multiculturalidad del país; el narcotráfico, la fármaco dependencia y su rehabilitación; la conducta criminal, los centros de detención, prisión y rehabilitación etc.

⁴² El método del caso es un que consiste en presentar a los estudiantes un caso, ponerlos en el papel de un tomador de decisiones frente a un problema (). En un aula método del caso, tanto el instructor y el estudiante debe estar activo en diferentes formas. Cada uno es dependiente del otro para llevar a cabo la enseñanza y el aprendizaje. Los instructores son expertos en general, pero rara vez entregan su experiencia directa. Ellet, William (2007). Case Study Handbook .Boston: Harvard Business School Press. 11. ISBN 978 - 1 - 4221-0158-2 .

En general debe tratarse del conocimiento de experiencias muy duras que difícilmente dejen indiferente al cursante o participante, quien debe resolver los casos reales y exponer sus planteamientos ante quienes han sido parte del proceso educativo.

e. Suspensión y terminación de la carrera, régimen financiero.

a.- Suspensión⁴³ La relación del Defensor con el sistema de carrera puede suspenderse por los motivos siguientes: 1. Suspensión por el Instituto de Seguridad Social, 2. Permiso temporal con o sin goce de salario por más de seis meses, y 3. Permiso para participar en becas en el extranjero por más de seis meses.

En estos casos el defensor continúa en el nivel en que se encontraba antes de la suspensión.

b.- Terminación⁴⁴. En los casos de terminación de la relación laboral y tiene como consecuencia la terminación del proceso de Sistema de Carrera para el defensor.

c.- Régimen financiero⁴⁵. Corresponde a la Jefatura del Departamento del Sistema de Carrera solicitar el presupuesto de conformidad con las necesidades para el cumplimiento de los diferentes procesos que integran el sistema de carrera, pero también le corresponde analizar el presupuesto del sistema de carrera tratando de obtener posibles mejoras presupuestarias a favor del personal calificado.

⁴³Ver Artículo 75 del Reglamento Interno de la Carrera del Defensor Público de Planta. Acuerdo 5-2009 del Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal.

⁴⁴ Ver Artículo 77 del Reglamento Interno de la Carrera del Defensor Público de Planta. Acuerdo 5-2009 del Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal.

⁴⁵ Ver Artículo 78 del Reglamento Interno de la Carrera del Defensor Público de Planta. Acuerdo 5-2009 del Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal.

Referencias Bibliográficas

1. Ellet, William (2007). Case Study Handbook .Boston: Harvard Business School Pressp. ISBN 978-1-4221-0158-2.
2. M. Fernández Enguita. (2001) Educar en tiempos inciertos. Ediciones Morata. Madrid.
3. Reglamento Interno de la Carrera del Defensor Público de Planta del Instituto de la Defensa Pública Penal, Acuerdo Número 5-2009 del Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal.
4. Ley del Servicio Público de Defensa Penal, Decreto 129-97 del Congreso de la República de Guatemala.
5. Diseño Básico e Inicial de Implantación del Sistema de Carrera para los Defensores Públicos de Planta. Departamento de Carrera Institucional del Instituto de la Defensa Pública Penal.
6. Memoria de Labores del Departamento de Carrera Institucional del Instituto de la Defensa Pública Penal.
7. Manual de Evaluación del Desempeño, Departamento de Carrera Institucional.
8. Manual del Diseño Curricular, Departamento de Carrera Institucional.

Planteamiento de incidentes en la etapa de juicio, en el proceso penal guatemalteco



Planteamiento de incidentes en la etapa de juicio, en el proceso penal guatemalteco

Licda. Oddet Benony Orozco Sánchez

En la etapa del juicio y específicamente en el debate, se plantean incidentes, por lo general somos los abogados defensores, quienes planteamos los incidentes, partiendo que los incidentes en un momento determinado se puede considerar como un acto procesal que el sindicado puede utilizar como medio defensa, por lo que es importante para la estrategia de defensa y en el litigio penal, plantear de forma adecuada un incidente o incidentes que se consideren esenciales, que en la sentencia pueden incidir para atacar el fondo del proceso, nuestro patrocinado puede ser beneficiado con el cambio de la calificación jurídica, poder solicitar la exclusión de la prueba por haber sido obtenida de forma ilegal o en algunos casos de forma ilegítima porque se ha obtenido ante Juez competente, pero al momento de su diligenciamiento se han violentado garantías constitucionales como el debido proceso.

En el Código Procesal Penal, los incidentes los encontramos regulados en dos artículos, es de suma importancia conocer los antecedentes de los incidentes, la definición de incidente, sus características, requisitos, que si bien es cierto los incidentes son innominados, la practica procesal nos ha llevado a que por haberle dado un nombre diferente es resultado no es el esperado, motivo por el cual en el presente artículo se realiza una clasificación que puede servir como guía al Defensor Público, para poder plantear un incidente o los incidentes que considere pertinentes, en su estrategia de defensa para la etapa del juicio.

Importante es plantear un incidente, debido a que se debe tomar en consideración, que como Defensores Públicos si dejamos de plantear un incidente, es posible perder el juicio, porque se pudo haber cometido un error en la sustentación del proceso y no se

hace ver en el momento procesal oportuno, a contrario si planteamos un incidente de forma clara, sencilla, fundamentado con la plataforma fáctica, probatoria y jurídica podemos obtener una sentencia absolutoria a favor de nuestro representado.

1. Definición de Incidente

“Un incidente, es un derecho, una cuestión accesoria a un procedimiento judicial. Es un litigio accesorio con ocasión a un juicio, que normalmente versa sobre circunstancias de orden procesal” (Barreno Barrientos, 2010)

“El autor Guillermo Cabanellas, define al incidente como lo que sobreviene o acontece en el Juicio. La palabra incidente, pertenece a la palabra latín, incidens, que suspende o interrumpe, cader, caer una cosa dentro de otra” (Cabanellas, s/año, pág. 357) Se refiere a lo que sobreviene, un acontecimiento fuera de lo normal, dentro del curso regular del debate oral y público.

Concepto jurídico de incidente “incidente es toda cuestión que sobreviene en el proceso, planteando un objeto accesorio del mismo, en forma tal que obliga a

darle una tramitación especial” (Carreto Bautista, Moisés , cita al autor Demetrio Sodi , 2012, pág. 17)

Se entiende por incidente, las medidas de procedimiento que la ley pone al alcance de las partes y que el tribunal, está en la obligación de acoger en todo proceso para la buena substanciación de la causa. (Judicatura, 2002, pág. 7)

El incidente son aquellas cuestiones que decide el tribunal, distinto al asunto principal que constituye el objeto del juicio, pero que están relacionadas con el objeto del juicio y que deben ventilarse o decidirse en algunas actos procesales separado al juicio y en otros actos procesales en la sentencia.

2. Antecedentes Históricos de los Incidentes

En el derecho antiguo, no estaban bien definidos los sistemas procesales o sistemas jurídicos específicamente en el Derecho Procesal Penal, por lo que se puede decir que antes del Derecho Romano, no se encuentran antecedentes relevantes de los incidentes procesales.

En el procedimiento formulario Romano, se empezó a regular lo relativo a los incidentes, se dividió por partes de la formula, dentro de las cuales encontramos: a) Las partes principales; y b) Partes accesorias, en la cual se puede ubicar de manera incipiente los incidentes.

Las partes accesorias:

1) Las excepciones: la parte de formular por la cual el magistrado ordenaba al juez absolver al demandado aun cuando se comprobara la intentío, si tal o cual circunstancia, invocada por el demandado, se había verificado. (Álvarez Mancilla)

En la legislación guatemalteca, específicamente en materia procesal desde los Códigos de Livingston al Código Procesal Penal de 1973, no se encuentran regulados los incidentes, se tramitaban por integración de la norma, de conformidad con los incidentes que regulaba la Ley del Organismo Judicial.

Con el fin de humanizar el proceso penal en Guatemala, se tomo en cuenta para la redacción

del Código Procesal Penal, el Código Tipo o Modelo para Iberoamérica, la Declaración Universal de Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convenio para la protección de los Derechos Humanos; Convenio Europeo de los Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto de New York; Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que los incidentes en un momento determinado puede considerarse como un medio de defensa para el acusado.

Como antecedente encontramos que el artículo 369 del Código Procesal Penal, es similar al artículo 305 del Código Tipo o Modelo para Iberoamérica.

3. El incidente como control en el proceso penal

El objeto principal del proceso penal es conocer la verdad formal e histórica, la participación del acusado, concluir el proceso de una forma normal al momento de emitirse la sentencia, el proceso penal debe cumplirse con las diferentes etapas del proceso, la

aplicación del procedimiento, vigilando como Defensores Públicos que se cumplan con las garantías constitucionales, el derecho de defensa, el debido proceso y la tutela judicial efectiva, por lo que dentro de los actos procedimentales encontramos a los incidentes, parte del proceso penal.

Por lo que se dice que el incidente se encuentra dentro de los controles procesales.

4. Innominalidad de los incidentes

Se indica que los incidentes son innominados, (Barreno Barrientos, 2010, pág. 35) debido a que no tienen un nombre en específico, se les denomina de acuerdo a la situación a tratar, a subsanar a través de los incidentes, se les denomina, pero en el litigio a veces por la carga de trabajo o por diversas circunstancias, nos encontramos en la disyuntiva que nombre darle o los incidentes, por lo que en el presente artículo en un apartado específico se sugiere una clasificación y nominaciones que le podemos dar a los incidentes tomando en consideración los más comunes que han surgido a través del litigio.

5 Características de los incidentes

- a) Los conoce el propio Juez, el juez que emitirá la sentencia es quien le da trámite, resuelve de forma fundada y motivada el incidente o incidentes;
- b) Su tramitación es especial, debido a que en un solo acto procesal se plantea el incidente, se le confiere audiencia a las partes procesales y si el incidente es de trámite lo resuelven en el mismo acto procesal, si el incidente es de forma diferida la resolución la que irá en la sentencia;
- c) Accesoriedad, ligado al proceso principal;
- d) No interrumpe el proceso principal, tomando en consideración que el artículo 369 del Código Procesal Penal, se establece la forma, el trámite de los incidentes, la resolución en el mismo acto procesal o se difiere, tomando en consideración la clase de incidente que se plantee, pero no interrumpe el proceso principal;

- e) Es medio de defensa relativo a la personalidad de alguna de las partes, por hechos ocurridos después de presentada la acusación.

6. Requisitos para interponer un incidente

- a) Debe existir un proceso principal;
- b) Debe suscitarse una cuestión accesoria vinculada a la principal;
- c) Que la cuestión accesoria no sea de mero trámite; y
- d) Se requiere pronunciamiento especial del tribunal. (Carreto Bautista, Moisés , cita al autor Demetrio Sodi , 2012, pág. 87)

7. Clasificación doctrinal de los incidentes

7.1 Por razón del procedimiento

- a) Comunes: su desarrollo se lleva a cabo precisamente conforme las normas aplicables a los incidentes en general.

b) Especiales: podemos ubicar aquellos que por su marcada personalidad, requieren de un caso especial autónomo, sin que esta razón sea muchas veces clara, se tramitan conforme a las leyes específicas.

- c) Ordinarios: tienen un proceso en común, se aplican en todos los procesos.

a. Por sus efectos

- **Suspensivos o interruptivos:** ponen obstáculos al curso del asunto, exigen un pronunciamiento previo. Para continuar el debate debe de haber un pronunciamiento previo.

- **No suspensivos:** no interfieren en el trámite del asunto principal, por no influir en la relación jurídico material. No interfiere en el trámite del asunto principal.

b. Por razón del contenido o materia a que se refiere

- De fondo: son los que se relacionan con la norma sustantiva, objeto del debate, es decir materia del derecho sustantivo.

- De forma: son los que enlazan la validez del procedimiento y dentro de los cuales podemos citar, accesorios, subordinados. (Barreno Barrientos, 2010, pág. 54)

plena y principal del proceso, porque en ella se produce el encuentro personal de los sujetos procesales y de los órganos de prueba, se comprueban, se valoran los hechos, se resuelve como resultado del contradictorio del conflicto penal” (Barrientos Pellecer, s/a, pág. 76)

10. Planteamiento de los incidentes o planteamiento de cuestiones previas

Si los litigantes no se pronunciaron previamente, se realizará el planteamiento de cuestiones incidentales.

8. Fines de los incidentes

- a) Depuran el proceso;
- b) Lo hacen ágil;
- c) Dinámico. (Baquix, 2014, pág. 75)

“La práctica tribunalicia ha generado multitud de cuestiones incidentales, entre las que cabe señalar las siguientes:

- a) Las que hacen valer una garantía constitucional.
- b) Las que tienden a subsanar un defecto procesal.

9. Los incidentes en el proceso penal guatemalteco

Los incidentes se plantean en la etapa del juicio oral, tal como lo indica el Doctor César Crisóstomo Barrientos Pellecer: “Esta es la etapa

Las de fondo, usualmente la inadmisión de una prueba por carecer de los requisitos legales requeridos. Usualmente se difiere al momento de la valoración de la

prueba, lo cual dificulta las estrategias procesales, puesto que la teoría del caso, depende del elenco probatorio que se va a utilizar. Lo recomendable es que si el elenco probatorio se encuentra viciado de nulidad absoluta, y esto es manifiesto, el tribunal lo haga constar e interlocutoria lo excluya del debate. Sin embargo, si la nulidad de este medio de prueba vicia a todo el procedimiento, de forma que se tenga que anular el medio de prueba y este es la base de la acusación, se debería de dar por concluido el debate y dictar el sobreseimiento, en su caso, por falta de prueba de cargo. Este es un aspecto que por razones de celeridad y de economía procesal deberá implementarse en un futuro. Sin embargo por el momento, la práctica de los tribunales hace diferir, hasta la valoración de la sentencia el tema, ello además por imperativo del artículo 281 del CPP” (Baquix, 2014, págs. 76,77)

Después de haber abordado generalidades con relación a los incidentes, con la finalidad de coadyuvar a los Defensores Públicos, tomando en consideración que los incidentes a pesar de ser regulado en el Código Procesal

Penal, en la etapa del juicio y específicamente en el desarrollo del debate, encontramos solo un artículo, se hace necesario plantear los incidentes en forma técnica, contar como sugerencia una clasificación y catalogo de posibles denominaciones que se le pueda dar a los incidentes.

11. Forma correcta para plantear un incidente.

- Claro
- Sencillo
- Plataforma fáctica (descripción de los hechos o actos).
- Plataforma probatoria (los órganos o medios de prueba, con que se fundamenta el planteamiento del incidente, siempre es necesario tomar en cuenta que esta plataforma se utiliza si el incidente es de hecho).
- Plataforma jurídica (El argumento debe ir fundamentado con las normas sustantivas o procesales, tomando en consideración si el incidente es de fondo o de forma)

- Error que se pretende subsanar.

la ley;

- Incidente de irretroactividad de la ley

- Incidente de inadecuada calificación jurídica.

12. Catálogo de incidentes tomando en consideración su clasificación:

De forma:

- Incidente de incompetencia;
- Incidente de la extinción de la responsabilidad penal;
- Incidente de falta de acción;
- Incidente de violación al principio de ne bis in ídem;
- Incidente de hechos atribuidos al acusado;
- Incidente de la exclusión de la prueba;

De fondo:

- Incidente de exclusión de la responsabilidad penal;
- Incidente de prescripción;
- Incidente de relación de causalidad;
- Incidente de ultra actividad de

Violación de garantías constitucionales:

- Incidente de detención ilegal;
- Incidente de violación al debido proceso;
- Incidente de exclusión de la prueba viciada por nulidad absoluta.

13. Forma como resuelven los incidentes

- De forma simultánea: lo resuelven en el mismo momento si el incidente es de forma.

- Se difiere la resolución al momento de dictar sentencia, cuando el incidente es de fondo o de violación de garantías constitucionales.

14. Recurso que se puede

interponer si el incidente es declarado sin lugar, cuando la resolución la emiten de forma simultánea:

Se interpone el recurso de reposición, regulado en el artículo 403 del Código Procesal Penal, tomando en consideración que se debe plantear después de conocerse la resolución y notificados en la misma audiencia.

- Ø Se debe plantear el recurso de forma clara, describiendo el defecto;
- Ø Individualizando el acto viciado u omitido;
- Ø El agravio;
- Ø Proponiendo la solución que corresponda.
- Ø Tomando en consideración lo regulado en los artículos 282 y 403 del Código Procesal Penal. Es necesario acotar que el artículo 403 del Código Procesal Penal, en su segundo párrafo establece: “La reposición durante el juicio equivale a la protesta de anulación a que se refiere la apelación

especial....” No es necesario, que si nos declaran sin lugar el recurso de reposición, solicitemos que quede asentada nuestra formal protesta, debido a que es redundancia, ya que planteado el recurso de reposición queda asentado nuestra formal protesta.

Conclusiones

1. Las partes procesales al conocer con profundidad el acto procesal de los incidentes, se pueda utilizar con frecuencia en la etapa del debate, planteándolo de forma técnica, obteniendo la resolución esperada.
2. En la estrategia del debate se tome en consideración el planteamiento de incidentes.
3. La importancia de conocer la finalidad de los incidentes, para poder utilizar los incidentes en la litigación o estrategia para el debate.

Referencias Bibliográficas

1. Álvarez Mancilla, E. A. Introducción al Estudio de la Teoría General del Proceso. Guatemala: s/e.
2. Baquix, J. F. (2014). Derecho Procesal Guatemalteco. Guatemala: Editorial Serviprensa.
3. Barreno Barrientos, L. d. (2010). Análisis Jurídico Doctrinario del Incidente. Guatemala: s/e.
4. Barrientos Pellecer, C. (s/a). Derecho Procesal Penal Guatemalteco. Guatemala: s/e.
5. Cabanellas, G. (s/año). Diccionario Jurídico de Derecho Usual. Buenos Aires, Argentina: s/e.
6. Carreto Bautista, Moisés, cita al autor Demetrio Sodi . (2012). Incidentes en Materia Penal. Guatemala: s/e.
7. Judicatura, E. N. (2002). Seminario Incidentes en Materia Penal. Compilación del seminario. República Dominicana, República Dominicana, República Dominicana: Organismo Judicial.

Leyes

1. Constitución Política de la República de Guatemala.
2. Código Procesal Penal.
3. Código Procesal Penal Tipo o Modelo para Iberoamérica.



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA

"La realización de este documento fue
Estados Unidos de América, por parte de los
Estados Unidos para el Desarrollo Internacional.
responsabilidad exclusiva del Instituto.
necesariamente refleja las opiniones de los
Estados Unidos de América"