Instituto de la Defensa
Pública Penal

Revista del DEFENSOR

11

Revista del Defensor No. 11
1ra. Edición, Guatemala
Noviembre de 2016

Licda. Nydia Lissette Arévalo Flores de Corzantes
Directora General IDPP

M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes
Coordinador de UNIFOCADEP

CONSEJO EDITORIAL
M.A. Hugo Roberto Saavedra
M.A. Samuel Villalta Aguilar
M.A. Sara Marisol Mejia Alburez
Dra. Eugenia Sandoval de Paz

Tratamiento de Contenido
M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes
Coordinador de UNIFOCADEP

Diseño y Diagramación
Luis Fernando Hurtarte

Revisión de Estilo
M.A. Sara Marisol Mejia Alburez
Dra. Eugenia Sandoval de Paz

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. **La justicia mediática** 09
M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes

2. **La implementación en Guatemala de los servicios de información en apoyo a la decisión judicial** 21
Lic. José Rodolfo Payés Reyes

3. **Testigos protegidos sin identidad y sin rostro** 41
M.A. Hugo Roberto Saavedra

4. **La educación virtual en el ámbito jurídico** 61
M.A. Sara Marisol Mejía Alburez

5. **Los derechos humanos de los pueblos indígenas** 71
M.A. Samuel Villalta Aguilar

6. **La importancia de la andragogía en la capacitación de los defensores públicos** 89
Dra. María Eugenia Sandoval M. de Paz

7. **El delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, en el caso de agentes de seguridad privada** 101
M.A. Luis Enrique Quiñónez Zeta

8. **Antinomias silencios constitucionales** 115
Dra. Gloria Edith Ochoa Zetino

Página

9. **Obligación del fiscal del Ministerio Público de explicar en la acusación el hecho punible y las agravantes que forman parte de los hechos punibles atribuidos al acusado** 135
Lic. Rigoberto Vargas Morales

10. **La presunción de inocencia desde la perspectiva de la doctrina neoconstitucionalista** 149
M.A. Ivette Amarilis Joaquin Amaya

11. **Observancia del derecho de defensa** 161
Lic. Julio César Zúñiga

12. **La prueba en algunos delitos sexuales en soledad** 177
Lic. Otto Haroldo Ramírez

13. **La cadena de custodia en el proceso penal guatemalteco** 191
Licda. Ruth Del Águila Guzmán

14. **Los ámbitos de la argumentación jurídica** 215
Dr. Edgar Osvaldo Aguilar Rivera

EDITORIAL

Con plena satisfacción institucional se presenta la edición décimo primera de la" Revista del Defensor", publicación especializada, formativa y de actualización del Instituto de la Defensa Pública Penal, que se ha convertido en tendencia entre los defensores públicos, medio que desde sus inicios ha servido para que expresen sus experiencias en el ejercicio de la defensa técnica, desde la teoría, la ley penal y praxis, ámbitos matizados con estándares internacionales en materia de Derechos Humanos, aplicables al caso concreto, y que ilustran las diferentes problemáticas que deben afrontar y resolver en el litigio estratégico, previo análisis intelectivo, a lo interno de la teoría del caso.

Es de resaltar que en la selección de los artículos que conforman esta publicación, incidió su alta calidad académica, que de por sí serán motivo de un riguroso debate y reflexión, no sólo por parte de los defensores sino que de otros actores del Sistema de Justicia penal a nivel nacional e internacional, pues ésta prestigiosa revista, en las ediciones anteriores, ha trascendido a otras defensorías de América Latina, en forma física y virtual, por lo que no se duda que suceda lo mismo con esta edición.

Gracias a los autores de cada artículo, por su talento, tiempo y dedicación, lo cual demuestra un espíritu académico de transmitir sus conocimientos a las actuales y nuevas generaciones de defensores, que podrán leer tópicos tales como La importancia de la andragogía en la capacitación de los Defensores Públicos, La presunción de inocencia desde la perspectiva de la doctrina neoconstitucionalista, Las antinomias silencios constitucionales, Testigos protegidos sin identidad y sin rostro, Los ámbitos de la argumentación jurídica, La educación virtual en el ámbito jurídico, entre otros, todos ellos fuente de consulta no sólo para el segmento de defensores sino que

para otros sectores como el estudiantil, jueces, fiscales y gremio de Abogados en general.

Conceptualizando la “Revista del Defensor” se puede aseverar que es un espacio académico multidisciplinario, de enfoque a problemas recurrentes del quehacer de la defensa técnica en temas sustantivos y procesales, en materia penal, que se caracteriza por dos vertientes: por una parte una modalidad de denuncia, por parte de los defensores a la vulneración de ciertas garantías constitucionales que le asisten al procesado en ciertos casos para su restablecimiento, incluso, ante instancias internacionales como la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, por el incumplimiento del control de Convencionalidad y la otra arista implica el aporte de análisis de nuevas tendencias, que inspiran o permean el Derecho penal, estudios de precedentes judiciales, de novísimas hermenéuticas aplicables a Derechos Humanos temáticos, etcétera, por lo tanto es un ámbito académico y pedagógico, y la suma de esta dualidad, es el plus que legitima de autoridad intelectiva a esta revista, como una propuesta de vanguardia y actualización.

Finalmente, se espera haber cumplido con las expectativas esperadas por los defensores, como destinatarios principales de esta “Revista del Defensor” derivado de la lectura de la misma, generando incidencia en ellos en el abordaje de los temas que se plantearon, para superarlos desde la doctrina y praxis, convirtiéndolos en buenas prácticas en el Sistema penal, a favor de los usuarios de la institución, como agentes de cambio.

*La Unidad de formación y Capacitación del Instituto de la Defensa Pública Penal, respeta los derechos de autor de cada uno de los artículos de la presente Revista.

LA JUSTICIA MEDIÁTICA

M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes

La justicia mediática

M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes

En el libro titulado Derecho y Lógica, se hace referencia que “desde la época romana la justicia ha sido representada por la diosa Themis, la que se presenta en escultura como una mujer empuñando en todo lo alto la espada de la ley; sosteniendo con la otra mano, la balanza de la equidad y manteniendo siempre los ojos vendados en señal de imparcialidad”. (2013. p. 56).

La diosa en mención es la que aparece en muchos despachos de abogados y oficinas de operadores del sector justicia, sin embargo en nuestra mente pasan bastantes ideas en relación a la justicia, y muchas veces consideramos que esa justicia no es la que deseamos, convirtiéndose en consecuencia en un ideal inalcanzable.

En relación a la pregunta ¿Qué es la justicia? Para responderla se necesita realizar diversas reflexiones. Históricamente la justicia es difícil de definirla, la misma ha generado varias ideas a los filósofos, escritores y juristas, etc. Pero a nadie se le ha adjudicado como universal.

Para José Loarca Navarrete “la justicia es la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno su derecho” (1994. p. 324)

La posición moralista respecto a la justicia la consideran como una gran virtud en donde el fin primordial es la perfección del individuo. Sócrates es considerado como una persona moralista, porque predicó y practicó la total obediencia a las leyes, de índole positiva o natural.

En relación a la posición jurista, la justicia es el fin principal para solucionar en forma práctica y oportuna los problemas que surgen de la convivencia de los seres humanos, por lo que esto, le pertenece al abogado.

De lo anterior se puede enfatizar que la justicia es inherente al derecho, en donde debe tratarse por igual a todos los individuos, no

restringiendo su libertad de actuar, es decir respetando su libre albedrio, mientras no se dañe a los miembros de la sociedad.

Justicia mediática

Se hace una aproximación a lo que es justicia mediática para provocar una reflexión sobre el tema, en especial sobre esa reacción de la sociedad, referente a los medios de comunicación social, que informan en relación a los crímenes y su forma de juzgamiento.

Mediático es un adjetivo que permite referirse a aquello perteneciente o relativo a los medios de comunicación. Un medio de comunicación es un instrumento que permite llevar a cabo un proceso de comunicación. En este sentido, un teléfono es un medio de comunicación (Diccionario de la Real Academia Española)

En la actualidad la forma tradicional de comunicar información, ha sido rebasada por las redes sociales, esa comunicación que llega de manera rápida al receptor y genera de igual manera respuesta u opinión pronta, demandando aplicación de sanciones.

Según la Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 35 “la actividad de los medios de comunicación es de interés público…Es libre el acceso de las fuentes de información y ninguna autoridad podrá limitar ese derecho” (2015: p. 11)

Por lo que es de inferirse que la información transmitida por los medios de comunicación, ya sea escrita, electrónica o por otros medios es legal, y genera que el ciudadano espera una resolución a los conflictos sociales, en especial cuando se trata de fenómenos criminales.

Se podría decir que la justicia mediática, la constituye el tratamiento que el sistema de justicia le da a los crímenes que son sometidos a su conocimiento, y de los que la sociedad se encuentra informada a través de los medios de comunicación, pero que además ejerce presión para que los fallos judiciales revistan características sancionatorias.

Justicia mediática en Guatemala

En Guatemala, desde el punto de vista del autor, al hacerse un análisis del impacto de la justicia mediática, se dice que las presiones mediáticas de la sociedad a través de manifestaciones públicas, y en redes sociales, así como por algunos medios de comunicación han permitido que varios hechos que revisten características de impunidad han logrado que se inicien procesos penales, en los que existen personas con prisión preventiva y otras con condenas que a la fecha en que se redacta este artículo no se encuentran firmes porque están pendientes de resolverse impugnaciones sobre los casos en particular.

El autor opina que lo mediático sirve como vehículo para romper la impunidad. Uno de los efectos de los procesos mediáticos lo constituye, tomar a la prisión preventiva como regla general, cuando esta de conformidad al artículo 14 del código procesal penal debe ser la excepción.

La segunda consecuencia es la aplicación de la teoría del etiquetamiento a personas que aparecen como señaladas dentro de procesos penales, al momento de su detención.

Finalmente en Guatemala, los casos mediáticos, provocan que la población de privados de libertad se incremente, y esto conlleva para el Estado una erogación de gastos elevados, porque el sistema penitenciario debe contratar más personal para ocupar plazas de guardias penitenciarios, construir más centros de detención, y pagar más alimentación para los privados de libertad, que al final de cuentas recae en la sociedad guatemalteca, que con sus impuestos cubre esos rubros.

En un país democrático, la justicia debiera impartirse con observancia de garantías procesales, contenidas en los tratados internacionales en materia de derechos humanos debidamente ratificados, y en la legislación constitucional y ordinaria.

Las presiones sociales vienen a ser como un mecanismo válido para obtener sanciones penales, el autor sostiene el pensamiento que las garantías del debido proceso, presunción de inocencia, entre otros, constituyen un eje transversal del

proceso penal, y que solamente cuando una persona es citada, oída y vencida en juicio penal debidamente establecido, es cuando se rompe la presunción de inocencia y debería de condenarse.

Medios de comunicación y opinión pública

A nivel mundial existe la latente curiosidad de lo que sucede, se escucha la radio, se ve el televisor, se lee el Facebook y otras redes sociales, se sabe de noticias como el triunfo del Brexit, se oye de los atentados terroristas en Niza y el golpe militar en Turquía, que las encuestas le dan cada día a uno u otro candidato ventajas en las elecciones en los países democráticos, que en Colombia en el plebiscito el pueblo dijo no a los acuerdos de paz.

Lo mismo ocurre a nivel nacional, los medios de comunicación informan que allanan viviendas, detienen a personas, que ocupaban cargos públicos, por casos de corrupción, las extorsiones continúan, que asesinaron a pilotos del transporte urbano, existen bloqueos en las carreteras, las pandillas juveniles toman el control de los centros de detención, manifestaciones en la metrópoli, aparecen cuerpos descuartizados de hombres y mujeres, en fin el crimen se incrementa, etc.

La información que recibe el ciudadano en relación a diferentes temas, pero en especial de los crímenes, genera en su cerebro un pensamiento de reacción y se forma una opinión de que las cosas no marchan bien, y espera un castigo severo para los señalados de cometer ilícitos penales.

Al ciudadano le impacta la información que tenga que ver con los crímenes, no es que le sea indiferente los problemas de índole procesal civil, o de índole laboral, pero en nuestro medio derivado a que los ánimos se encuentran caldeados, las personas pretenden que esos fenómenos sociales, se resuelvan por la vía de los procesos penales, y su deseo no se materializa por la vía de un debido proceso, de un derecho de defensa, sino por lo contrario lo asocia en lo que denomino silogismo popular, que se podría redactar así:

Si una persona, es señalada de extorsionar, que lo condenen

inmediatamente. Es decir al ciudadano no le interesa el debido proceso, si existen prueba fehacientes o no, sino que con el simple señalamiento y dado a conocer por los medios de comunicación, es suficiente para que la sanción social venga.

Es obvio y nada irreal que la influencia que transmiten los medios de comunicación sobre el ciudadano en la sociedad actual no es ignorar, es decir ningún ciudadano informado podría generar la incidencia del periodismo mediático sobre una agenda de gobierno que es pública.

Los medios de comunicación tienen la capacidad de influir en las personas y modificar sus formas de pensar, en relación a varios temas, y generar la opinión pública. Este hecho es inevitable puesto que las masas sociales en relación a la justicia siempre tienen una opinión, que no necesariamente coincide con la cifra oficial.

Los medios de comunicación (radio, televisión, prensa, Internet) lanzan ciertos estereotipos o tendencias que influyen en nuestra forma de vida, pensamiento, etc. Cuando existe inconformidad sobre determinados actos criminales, utilizan lemas que ligan a lo emocional que genera una reacción de inconformidad y produce que la ciudadanía opine con presión.

La situación se torna un tanto difícil, cuando se evalúa la afectación de las noticias e incidencia en la ciudadanía, cuando su contenido se tenga que resolver en los órganos jurisdiccionales penales, debido que la sociedad busca persuadir al sector justicia, para que se resuelva de acuerdo a sus demandas colectivas.

LA PRUEBA SOCIAL EN LOS PROCESOS MEDIATICOS

Según el psicólogo Robert Cialdini “La prueba social es también conocida como la influencia social informativa, es un fenómeno psicológico que se produce en situaciones sociales, en donde prevalece la persuasión” (2015:178)

La prueba social, es una de las más poderosas formas para persuadir, es algo que en el medio guatemalteco se puso de manifiesto

con los últimos acontecimientos de corrupción revelados por los medios de comunicación, y aparte de que le sirven a las masas para manifestar su repudio por actos de corrupción, hacen de alguna manera influenciar en el sistema de justicia de manera, según mi criterio de forma directa.

No debe extrañar para nada el tratamiento de la prueba social, pero a decir verdad la influencia que tiene la prueba social, hace que el ente acusador encuentre estrategias para sustentar su acusación, y obliga al juzgador a fundamentar debidamente sus resoluciones judiciales.

Le crea grados de dificultad a la defensa de las personas sindicadas de un injusto penal, porque prácticamente quien defiende, lo está haciendo contra todo un sistema, es decir ante el ente acusador, los medios de prueba jurídicos, y la ciudadanía, es quien hace prueba social mediante los medios de comunicación.

Para la etapa de transición de creencia en el sistema de justicia penal, es conveniente que lo relacionado a la prueba social, para consolidar en el futuro absoluta credibilidad en el sistema de justicia, la prueba social es una situación necesaria para fortalecer los procesos penales en una sociedad democrática.

El autor resume que: En Guatemala, nos encontramos inmersos dentro de una revolución del sistema de justicia penal, acuñada por la prueba social.

Para Ortega y Gasset, “la mayor parte de un Estado es la opinión de las masas” y “el mando estará formado por la mayoría de opiniones iguales” (pp.1937: 137)

La denominada psicología de las masas

Resulta oportuno hacer un análisis de la psicología de las masas, y esta se refiere a la “comprensión de la conducta de las personas dentro de grandes grupos, multitudes o sociedades, y a la relación de dicha conducta con la base biológica y el propio entorno social”. (www.rrppnet.com.ar/psidelasmasas. consultada el 9/11/2016)

Los expertos en la psicología de masas, indican la visión que un humano tiene de su identidad y que ésta depende de la capacidad para meditar sobre sus propias acciones y de responder sobre las acciones de los demás, sean vecinos, autoridades, etc.

En la rama de la psicología de masas, aparecen teorías que procuran explicar la influencia que ejercen las acciones de grandes grupos sociales sobre la identidad, el nivel social y el papel del individuo, reforzándolo o subvirtiéndolo, y cómo esa influencia repercute a la hora de participar en modas, tendencias, política, movimientos y religiones. (www.rrppnet.com.ar/psidelasmasas. Consultada el 9/11/2016)

Cuando el tema se refiere a la exigencia de justicia, los grupos sociales, en el caso de la sociedad guatemalteca, en el año dos mil quince realizaron manifestaciones públicas por parte de los diferentes sectores, expresiones mediante redes sociales y la persuasión ha aparecido como un indicador común cuyo resultado se ha visto reflejado en el sistema de justicia con respuestas que de acuerdo a la psicología de las masas existe beneplácito.

Según Virgilio Álvarez Aragón, en su obra La Revolución que Nunca Fue, “los sucesos políticos iniciados durante abril de 2015, inéditos en la historia reciente de Guatemala, sorprendieron a la ciudadanía en su conjunto, la plaza llamada irónicamente de la constitución fue el centro neurálgico de las manifestaciones que durante varios sábados se dirigían en contra de la corrupción de funcionarios de gobierno” (2015: p. 01)

La independencia judicial y la libertad de emisión del pensamiento

La Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 35, estatuye “es libre la emisión del pensamiento por cualquiera de los medios de comunicación, sin censura ni licencia previa. Este derecho constitucional no podrá ser restringido por ley o disposición gubernamental alguna” (2015:p. 11)

Este derecho a la fecha relativamente ha sido respetado en

Guatemala. No constituye delito o falta, las publicaciones que contengan, denuncias, críticas o imputaciones contra funcionarios o empleados públicos por actos efectuados en el ejercicio de sus cargos (2015: p. 11)

El órgano jurisdiccional en su condición de control de garantías debe mantenerse en relación a la independencia judicial, derivado, a que el ciudadano lego, no repara en las garantías procesales y constitucionales cuando reclama justicia, ejerce presión sobre la criminalidad, pues él emite su sanción social muchas veces mediante los medios de comunicación, por lo que en consecuencia corresponde al juez darle a cada quien lo que corresponde, pues si una persona es sometida a proceso penal, el juez aplicando su independencia judicial, no debería de sentirse presionado por la sociedad, y al mantener el temple, deberá de resolver únicamente al principio de legalidad sustantiva y procesal, y apegado a la Constitución Política de la República y observando los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, debidamente ratificados por Guatemala.

Conforme a los principios básicos relativos a la independencia judicial, reconocidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptadas por el séptimo congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, celebrado en Milán, el veintiséis de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco, y 40/146 del trece de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco, dicha independencia judicial implica el reconocimiento de las garantías adecuadas para que los jueces resuelvan los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas de cualquier sector por cualquier motivo.

A lo anterior debe agregársele que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento

internacional que forma parte del bloque de constitucionalidad, garantiza la inmunidad e independencia de los jueces, así como el acceso de toda persona a un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. (Expediente 3690-2009 de la Corte de Constitucionalidad)

Por lo que al hacerse un análisis de las presiones sociales o derecho de petición consagrados en el artículo 28 de la Constitución Política y la libertad de emisión del pensamiento contenida en el artículo 35 de la referida carta magna, ejercidas por la ciudadanía, al juzgador le compete juzgar sin presiones y velando porque dentro de los procesos penales no se vulneren las garantías procesales.

Bibliografía

- Álvarez Aragón, Virgilio. *La Revolución que Nunca Fue*, Guatemala, 2015
- Fuentes Fuentes, Idonaldo Arevael. *Derecho y Lógica*, Segunda Edición Guatemala, 2013.
- Le Bon, Gustave. *Psicología de las masas*, Editorial Morata, Madrid, 1986.
- Ortega y Gasset, José. *La Rebelión de las Masas*, Editorial Cultura, Santiago de Chile 1937.

Consultas electrónicas:

www.rrppnet.com.ar/psidelasmasas.

LA IMPLEMENTACIÓN EN GUATEMALA DE LOS SERVICIOS DE INFORMACIÓN EN APOYO A LA DECISIÓN JUDICIAL

Lic. José Rodolfo Payés Reyes

La implementación en Guatemala de los servicios de información en apoyo a la decisión judicial

Lic. José Rodolfo Payés Reyes

"Cuéntese que el joven Tzu-Chag, se dirigió un día al gran Confucio y le preguntó: - ¿Cuántas veces, ¡oh iluminado filósofo!, debe un juez reflexionar antes de sentenciar? Respondió Confucio: - Una vez hoy; diez veces mañana. Asombróse el príncipe Tzu-Chang al oír las palabras del sabio. El concepto era oscuro y enigmático. - Una vez será suficiente –aclaró con paciencia el Maestro- cuando el juez, por el examen de la causa, concluye perdonado. Diez veces, sin embargo, deberá el magistrado pensar, siempre que se sienta inclinado a librar sentencia condenatoria. Y concluyó, con su incomparable sabiduría: - Erra, por cierto, gravemente, aquel quien hesita en perdonar; erra, no obstante, mucho más aún, a los ojos de Dios, aquel que condena sin hesitar." (El Hombre que Calculaba, Malba Tahan, página 132)

En la edición de noticias de Radio Sonora 96.9 FM del viernes uno de febrero de 2013 por la tarde, se hizo una crítica dura a la liberación de unos sindicados por escandalizar en la vía pública, en vista que se determinó que en la misma semana habían sido liberadas estas mismas personas cuando fueron sindicados de asaltar en motocicleta. En esa edición de la radio se recibieron llamadas de radioescuchas en la que manifestaban su repudio contra la actitud de la juzgadora; también se pronunciaron directivos de uno de los sindicatos del Organismo Judicial en donde exigían al Presidente del Organismo Judicial la renuncia y/o despido de la juzgadora.

"Los sonidos del noticentro SN de hoy Guatemala, 01 de Febrero de 2013... Indignación generalizada, jueza libera a moto asaltantes por segunda vez en la misma semana..." Radio Sonora, Guatemala 96.9 FM."

Sin hacer una defensa oficiosa de

la actividad jurisdiccional, se entiende que en un sistema penal oral, el juez resuelve conforme a la información, argumentos y fundamentos que el fiscal le presenta en la formulación de cargos y la imputación que realiza en la audiencia inicial. No es que no tome en cuenta los argumentos y participación de la defensa, lo que sucede que en un sistema penal adversarial es al Ministerio Público al que le corresponde toda la carga de la prueba; y en esta primera fase tiene que establecer con elementos suficientes: que se cometió un hecho que reviste las características de delito y la sospecha fundada que la persona que se ha puesto a disposición del juez pudo haber participado en el ilícito.

El fiscal entonces es el obligado a proveer información suficiente y de calidad en la audiencia para que el juzgador no demore su resolución, y si la decisión es de imponer la medida más gravosa, la prisión preventiva, que se tome el tiempo suficiente para que esta sea debidamente razonada y fundamentada.

Presunción de inocencia versus prisión preventiva.

Como es conocimiento de todos, los centros de prisión preventiva en Guatemala han sobrepasado su capacidad en algunos casos en un 200 %; ese hacinamiento hace que el riesgo en la integridad física de los sindicados aumente por la cercanía de los sindicados y los constantes roces que se dan en sus sectores. Como ejemplo de ese hacinamiento y del aumento de ese riesgo, tenemos que en un sector de un centro preventivo, de 60 metros cuadrados (6mX10m), están más de cien reclusos, lo que matemáticamente da 60 centímetros cuadrados por cada persona ahí recluida. Cuentan algunos reclusos que bastantes de ellos tienen que dormir sentados, y les va bien cuando toman lugar cercano a la pared. Que el problema se viene cuando tienen necesidad de ir al sanitario, pues cuando regresan, su lugar ya está ocupado por otro recluso, por lo que han optado por hacer sus necesidades en bolsas de plástico y vaciarlo en la mañana cuando se levantan. Todo se complica cuando tienen que asearse en el día, pues existen dos recipientes con agua y solo se pueden bañar dos personas a la vez, que a veces se pasan las horas del día y no han podido asearse.

El problema grave es que la mayoría están allí por casos no graves, y por

qué no decirlo, bastantes de ellos inocentes.

El sistema de justicia penal guatemalteco, de acuerdo con la Constitución Política y las normas internacionales de derechos humanos, tiene como principio fundamental la presunción de inocencia – *toda persona es inocente*-.

La persona es inocente desde el nacimiento, como diríamos coloquialmente nace con una "i" de inocente en la frente, que solo puede ser borrada cuando una sentencia de condena esté firme en contra de esa persona.

Esta consideración de inocencia, tiene mucha relación con la problemática instalada en torno al uso y abuso de la prisión preventiva por parte de fiscales y de algunos juzgadores.

Es por eso que desde nuestra constitución se prevé el uso de otras medidas de coerción diferentes a la prisión preventiva.

Nuestras leyes estipulan que se debe acreditar la necesidad de cautela, o la necesidad de la medida de coerción y que la prisión preventiva como medida más gravosa tiene carácter excepcional.

Artículo 14. Constitución Política de la República de Guatemala.

"Presunción de inocencia y publicidad del proceso. Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada."

Artículo 8. Convención Americana de Derechos Humanos.

" Garantías Judiciales 1…; 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad."

Artículo 14. Código Procesal Penal.

"Tratamiento como inocente. El procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una

pena o una medida de seguridad y corrección... Las únicas medidas de coerción posibles contra el imputado son las que éste Código autoriza, tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionales a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes. La duda favorece al imputado."

Ante el peso de la crítica social sobre la responsabilidad de dejar en libertad a una persona sindicada de delito, por la noticia señalada al principio, es de indicar que la actividad judicial encaminada a emitir la decisión sobre la imposición de la medida de coerción más gravosa como la prisión preventiva, debe basarse primero en la protección del principio de presunción de inocencia –*tratamiento como inocente*- y la seguridad del proceso, pues nuestras leyes prevén mecanismos legales que por un lado protegen ese principio y por el otro obliga al juzgador a valorar el riesgo que representa el sindicado estando en libertad para la víctima, el riesgo para la sociedad y para el desarrollo del proceso.

De otra cuenta, la dura crítica también se ha centrado en los últimos días sobre el tiempo que dura la solución de la situación jurídica del sindicado en su presentación inicial ante el juez –primera declaración-. En este último caso son muchos los que indican que la resolución debería de emitirse inmediatamente, y otros indican que el juez debe de tomarse su tiempo. Sin embargo el juez no debe dictar una resolución a la ligera, más si se trata de imponer una medida de coerción, sin antes tener los elementos importantes y fundamentales para imponerla; y para eso necesita información del sindicado, información comprobable, deviniendo de allí el valor de la propuesta de una oficina que se encargue de tan importante actividad.

En Guatemala, bastantes jueces se quejan de que no tienen la información suficiente sobre la persona del sindicado para imponerle una medida menos gravosa a la prisión preventiva, y aducen que le imponen la prisión preventiva porque no quieren correr

el riesgo que se dé a la fuga o que obstaculice la investigación del caso. Si el fiscal no reúne elementos suficientes para fundamentar su petición ante el órgano jurisdiccional de ligar a proceso a una persona, no tiene otra alternativa el juez, que dejarlo en libertad. Parafraseando al maestro Confucio, entonces, el juez debe tardarse lo mínimo si lo deja en libertad, y tardarse lo suficiente para fundamentar plenamente si su decisión es de prisión preventiva.

Nuestras leyes preveen que el fiscal del Ministerio Público en la audiencia de formulación de cargos –*declaración*- debe trasladar la información suficiente al juzgador que establezcan que se cometió un hecho, que ese hecho reviste las características de delito, y que la persona que se pone a su disposición tiene un alto grado de sospecha de haber cometido el ilícito. Con esta información es posible que el juzgador ligue a proceso a un sindicado por el delito que el fiscal está acreditando. Esta información se resume así:

a) Información sostenible de haberse cometido un delito.

b) Motivos suficientes que encaminen a creer que la persona presentada ante el juez ha cometido el ilícito o ha participado en él.

Artículo 13. Constitución Política de la República de Guatemala.

> “ Motivos para auto de prisión. No podrá dictarse auto de prisión, sin que preceda información de haberse cometido un delito y sin que concurran motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida lo ha cometido o participado en él.”

Ahora bien, para emitir la medida de coerción más gravosa -*prisión preventiva*- y asegurar los resultados del proceso, las leyes son más requisitosas; exigen además de los anteriores: *información de calidad que indique que se cometió un delito y sospecha fundada que el sindicado lo cometió; en cuanto al sindicado* que exista el peligro de que si se le deja en libertad este pueda fugarse, burlar a la ley y no someterse al proceso; y que el sindicado por su posición de estado de libertad, pueda

cometer actos que tiendan a obstruir la investigación y sea imposible la averiguación de la verdad. Son bastantes los jueces que haciendo una interpretación protectora de la víctima, también analizan el riesgo que representa para la víctima si el sindicado se deja en libertad.

Artículo 259. Código Procesal Penal.

"Prisión preventiva. Se podrá ordenar la prisión preventiva, después de oír al sindicado, cuando medie información sobre la existencia de un hecho punible y motivos racionales suficientes para creer que el sindicado lo ha cometido o participado en él. La libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar la presencia del imputado en el proceso."

Sin entrar a detalles, y estemos de acuerdo o no, es de tomar en cuenta que al igual que bastantes legislaciones de América Latina, nuestro código procesal penal contiene un catálogo de delitos que no admiten otra medida de coerción que no sea la de prisión preventiva, en esos hechos la actividad fiscal en la primera audiencia esta imitada a acreditar que se cometió un hecho que reviste las características de delito y altas sospechas de que la persona detenida y puesta a disposición del juez ha cometido el mismo. En otras palabras, el fiscal la tiene fácil ya que sólo tiene que acreditar lo suficiente de que se cometió un ilícito y luego que la persona detenida participó en el hecho. También es más sencilla la actividad del juzgador ya que sólo tiene que tener a la vista elementos suficientes de que se cometió un ilícito y altas sospechas de que la persona detenida participó en el hecho, sin necesidad de entrar a discutir la necesidad de cautela.

Artículo 264. Código Procesal Penal.

"No podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas enumeradas anteriormente en procesos instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales, o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad,

plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado y hurto agravado.

También quedan excluidos de medidas sustitutivas los delitos comprendidos en el Capítulo VII del Decreto No. 48-92 del Congreso de la República, Ley contra la Narcoactividad. ”

Sin embargo, ya son varias las resoluciones que han dictado los juzgadores en donde no obstante, está prohibida por la norma ordinaria (Código Procesal Penal) el conceder una medida sustitutiva a la prisión preventiva, se ha concedido la misma, amparándose en que la norma constitucional es superior y lo autoriza. En una primera visión se trataría de una resolución contraria a la norma ordinaria, pero dentro de la legalidad constitucional, y así lo ha ratificado la Corte de Constitucionalidad, en varias de sus resoluciones.

Una vez realizada la audiencia de formulación de cargos –*declaración*- el juez decide en audiencia la imposición de la medida de coerción de prisión preventiva, la que por ser la más gravosa en contra de la persona del sindicado debe ser bien fundamentada. Ese fundamento lo obtiene al hacer el ejercicio de su actividad intelectiva sobre los medios de investigación, argumentos, fundamentos y peticiones del ente fiscal y de la defensa.

Se puede decir que los fundamentos de la decisión del juzgador para imponer la medida de coerción de prisión preventiva tiene relación con:

1) La existencia de un delito.

2) La sospecha fundada y alta de que el sindicado lo cometió o participó en ese hecho.

3) Que ese tipo penal no permite la imposición de otra medida de coerción que no sea la prisión preventiva.

4) Que no obstante que la ley prohíbe una medida de coerción distinta a la prisión preventiva, es factible otorgar el beneficio dejando en libertad al sindicado por la información con que cuenta.

5) Que no obstante que la ley permite una medida de coerción distinta a la prisión preventiva, no es factible otorgar el beneficio dejando en libertad al sindicado porque existe peligro de fuga.

6) Que no obstante que la ley permite una medida de coerción distinta a la prisión preventiva, no es factible otorgar el beneficio dejando en libertad al sindicado, porque existe peligro de obstrucción de la verdad.

Artículo 260. Código Procesal Penal.

"Forma y contenido de la decisión. El auto de prisión será dictado por el juez o tribunal competente, y deberá contener:

1) Los datos personales del imputado o los que sirvan para identificarlo.
2) Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen.
3) Los fundamentos, con la indicación concreta de los presupuestos que motivan la medida.
4) La cita de las disposiciones penales aplicables."

Para fundamentar y decidir la medida de coerción de prisión preventiva sobre la base del peligro de fuga, nuestro Código Procesal Penal contiene ciertas condiciones a tomar en cuenta:

Artículo 262. Código Procesal Penal.

"Peligro de fuga. Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

1) Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.
2) La pena que se espera como resultado del procedimiento.
3) La importancia del daño resarcible y la actitud que el sindicado o imputado adopta voluntariamente frente a él.
4) El comportamiento del sindicado o imputado

durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y

5) La conducta anterior del imputado."

Por su parte para fundamentar y decidir la medida de coerción de prisión preventiva sobre la base del peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad, nuestro Código Procesal Penal contiene otras circunstancias a tomar en cuenta:

Artículo 263. Código Procesal Penal.

"Peligro de obstaculización. Para decidir acerca del peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado podría:

1) Destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba.
2) Influir para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.
3) Inducir a otros a realizar tales comportamientos."

¿Qué son los servicios de antelación al juicio?

"Los servicios de antelación al juicio son programas que otorgan una metodología para proveer al juez y a las partes, información concreta y confiable para la discusión de la procedencia de la medida cautelar, y ofrecen mecanismos de control o supervisión de las medidas cautelares alternativas. Surgieron en Estados Unidos en respuesta a las desigualdades del sistema de fianza. Algunos estudios realizados en la mitad del siglo XX mostraron que la decisión de otorgar fianza sólo se basaba en la prueba de la policía o en las recomendaciones del fiscal.

También, identificaron que las personas en prisión preventiva eran mayoritariamente pobres, y había mayor probabilidad de que recibieran condenas más severas si no podían pagar la fianza." Manual de Servicios de Antelación a Juicio, Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Pág. 16

Existen varios nombres para referirse a los Servicios Previos a Juicio; por ejemplo, en Reino Unido se les llaman bail supervision and information related services (servicios relativos a la información y supervisión de la libertad provisional); en Australia, bail assessment programs (programas para la evaluación de la libertad provisional), en Sudáfrica, pretrial services (servicios previos al juicio); y en México, unidad de medidas cautelares o programas de evaluación y supervisión de medidas cautelares.

Por ello la importancia de discutir la necesidad de implementar una oficina de apoyo a la decisión judicial independientemente de la denominación que se le atribuya en Guatemala, lo importante es que esta oficina actúe en forma independiente de la fiscalía, la judicatura y la defensoría pública.

El renovado sistema penal guatemalteco (mediante reformas al CPP 18-2010, 7-2011) contiene una serie de medidas de coerción que se aplican con fines procesales, las cuales persiguen el objetivo principal de que el sindicado libre que enfrenta un proceso penal, comparezca sin problemas a todas las audiencias requeridas, así como a su posible debate, y por otro lado como se dijo en páginas anteriores, que no represente un riesgo para la víctima o la comunidad.

De acuerdo a esta normativa, las partes acuden a la audiencia de formulación de cargos –*declaración del sindicado*- conforme esta dinámica: el Ministerio Público formula la imputación, argumenta y presenta elementos e información fundada para la imposición de la medida de coerción y tiene la carga probatoria; por su lado la defensa técnica contra-argumenta, y al final, con toda esa información, el Juez toma su decisión.

Artículo 82. Codigo Procesal P

"Desarrollo. La audiencia se desarrollará de conformidad con lo siguiente:

1) El juez concederá la palabra al fiscal para que intime los hechos al sindicado, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, su calificación jurídica provisional, disposiciones legales aplicables, y descripción de los elementos de convicción existentes.
2) Si el sindicado acepta declarar, el juez le dará el tiempo para que lo haga libremente.
3) Después de declarar, el sindicado puede ser sometido al interrogatorio legal del fiscal y del defensor.
4) El juez concederá la palabra al fiscal y al defensor para que demuestren y argumenten sobre la posibilidad de ligarlo a proceso, debiendo resolver en forma inmediata.
5) El juez concederá nuevamente la palabra al fiscal y al defensor, para que demuestren y argumenten sobre la necesidad de medidas de coerción, debiendo el juez resolver en forma inmediata."

Siempre se ha dicho que la justicia penal es justicia de pobres o de pies descalzos y nuestro sistema penal guatemalteco no se aleja de esa realidad, ya que la mayoría de personas que están en prisión preventiva son personas pobres y mayoritariamente clientela de la Defensa Pública Penal. Muchas veces porque la decisión que el juez ha tomado es fundamentada en la información que la fiscalía o la policía ha proveído en la audiencia. Esta información inicial para tomar la decisión de dictar una medida cautelar gravosa como es la prisión preventiva es en la mayoría de los casos parcial por el lugar de donde proviene, es decir del órgano

Dos casos recientes llaman poderosamente la atención por sus similitudes: tenían orden de aprehensión; solo se les hizo saber el motivo de su detención; no se les había resuelto su situación jurídica; no habían designado abogado defensor de su confianza; estaban detenidos preventivamente; son llevados a un juzgado de turno (Quetzaltenango, Antigua Guatemala, Guatemala.) sus causas fueron derivadas al órgano jurisdiccional que emitió la orden de aprehensión; mueren estando detenidos; son personas de escasos recursos económicos; la familia de los fallecidos es pobre; el juez de turno no resolvió su situación jurídica porque no tenía la información de la causa; mucho menos tenía la información del sindicado.

Por ello para que el juez dicte su resolución y que esa resolución esté bien fundamentada, debe tener información de calidad sobre los hechos, sobre el sindicado, que muchas veces es proporcionado a medias por la fiscalía o en espacios más perfeccionados por la Defensoría Pública.

La implementación de una oficina de esta naturaleza va encaminada a hacer un uso racional de medida de coerción tan gravosa como es la prisión preventiva, por lo que la información requerida es la básica: sobre sus antecedentes laborales, económicos, su residencia habitual, sus relaciones familiares, sus relaciones y vínculos con la comunidad, sus antecedentes criminales, migratoria, etc.; información que no se lograría de otra manera sin tener una oficina independiente que se encargue de tan importante actividad.

Servicios de apoyo a la decisión judicial

Martillando sobre el mismo tema, en cuanto a que el fin último de una oficina de apoyo de esta naturaleza se encamina a racionalizar por parte de los juzgadores el uso de la prisión preventiva, y que esta se imponga sólo cuando la necesidad y racionalidad así lo aconseje, su denominación podría ser Oficina de Servicios de Apoyo a la Decisión Judicial, y tendríamos que definir cuál es su nivel de actuación, sus funciones específicas, su ubicación y partes que apoyarían, y sobretodo su creación si fuera mediante Acuerdo o Decreto, o creación de ONG, etc. En México y Estados Unidos operan como Organizaciones

No Gubernamentales que tienen reconocimiento gubernamental.

Las dos funciones importantes de la Oficina de Apoyo a la Decisión Judicial son:

a) **Recopilación y Evaluación de la Información**. La primera función se refiere a la obtención de información del sindicado y evaluación de esa información, para identificar vínculos comunitarios y posibles riesgos que permitan recomendar al juzgador las medidas de coerción más adecuadas para el sindicado en el caso concreto o la medida desjudicializadora, cuando procediere; de esa cuenta, esa oficina en Guatemala tendría que estar coordinada y autorizada para obtener información de agencias gubernamentales tales como: Registro Nacional de las Personas –RENAP-, Policía Nacional Civil –PNC-; Sistema Penitenciario, Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala –INACIF-, Ministerio de Economía –MINECO-, Procuraduría General de la Nación –PGN-; Ministerio Público –MP-, Ministerio de Trabajo, y otros. Lo recomendable es que se firmen convenios de cooperación interinstitucional no sólo para la implementación de esta oficina, sino para que el flujo de la información para la audiencia de formulación de cargos del sindicado, esté dentro del plazo razonable para que el juez tome la decisión más acertada.

b) **Seguimiento y Monitoreo.** La otra gran función de esta oficina es asegurarse que las condiciones impuestas por el juzgador al sindicado en la medida de coerción (sustituto de la prisión preventiva), o de la medida desjudicializadora, se cumplen efectivamente.

Por ejemplo que el sindicado si firma el libro dispuesto en la fiscalía, que ya no frecuenta ciertos lugares, como bares o cantinas; que no está conduciendo bajo

efectos de licor, que atiende las citaciones que le hace la judicatura, etc.

GUIA PARA LA DISCUSIÓN SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DE UNA OFICINA DE APOYO A LA DECISIÓN JUDICIAL

Por el espacio de este trabajo, se incluyen algunos puntos de discusión para la implementación de una Oficina de Apoyo a la Decisión Judicial en nuestro país, por supuesto que de la discusión pueden surgir otros puntos importantes de discusión que no se abordan en este trabajo.

a) Debe definirse plenamente que los fines primordiales de esta oficina van encaminados a la obtención, análisis y discusión de calidad de información sobre la persona de los sindicados de delito, con el objeto de disminuir el abuso de la prisión preventiva en las causas criminales.

b) Deben precisarse sus dos funciones principales: 1) Recopilación, análisis y comprobación de la información; y, 2) Seguimiento y monitoreo de cumplimiento de las medidas de coerción distintas a la prisión preventiva.

c) Esta oficina debe tomar en cuenta el interés de la víctima, por ello debe informar inmediatamente al juez de la causa, y al fiscal encargado de la investigación, cualquier infracción a la medida de coerción o prohibición con que ha sido beneficiado el sindicado.

d) Debería discutirse su ubicación, inicialmente concebida como una oficina independiente de los entes de justicia, no puede depender de una institución en particular, en México y Nueva York lo presta una ONG; en Puerto Rico adscrito al Departamento de Corrección y Rehabilitación del Gobierno de Puerto Rico. Su ubicación física, tiene que ser cercana a los órganos de justicia que más requieren de la información

pronta y oportuna, Juzgados Penales de Turno.

e) Si necesariamente tiene que depender de una institución, lo más cercano es que pertenezca al Poder Judicial, pero con un presupuesto adecuado, con independencia funcional, y con el equipo informático apropiado para recibir y generar información relevante que servirá para la decisión juridicial. Sobre todo que en el instrumento de creación se le otorgue la institucionalidad y aceptación como tal de los entes de justicia.

f) Puede discutirse su ubicación en la Defensoría Pública Penal, pero tomar en cuenta que en caso de conflicto de apoyo a la víctima y al sindicado, esta se inclinará por el segundo. No debe involucrarse a la víctima en los eventos de supervisión o cumplimiento de restricciones ya que se estaría re-victimizando.

g) Tiene que tener apoyo directo de las oficinas de información (historia penal, antecedentes policiacos, estado civil, historia laboral, vínculos con la comunicad, vínculos empresariales, recomendaciones de la comunidad, pertenencia a grupos sociales, cumplimiento penal, cumplimiento de restricciones anteriores, etc.); se tienen que firmar compromisos interinstitucionales, con RENAP, PGN, INACIF, etc.

h) Debe procesar la información de manera independiente y usarla sólo en apoyo a la decisión judicial en caso concreto. No puede usarla por ejemplo para incriminar a los beneficiados con medidas sustitutivas a la prisión o para otros casos.

i) Se deben separar los servicios de seguimiento de imputados libres con medida sustitutiva, de los condenados a los que se les otorgó libertad condicional o libertad anticipada.

j) Deberán mantener una información estadística actualizada sobre los beneficiados, cumplimiento o violación a las restricciones impuestas por el tribunal. Así mismo tiene que informar oportunamente al imputado sobre sus obligaciones, las consecuencias del incumplimiento y las incidencias de su proceso.

k) Esta oficina debe evaluar mensualmente su funcionamiento e informar inmediatamente al órgano jurisdiccional cualquier violación con el objeto de que se tomen las precauciones pertinentes en beneficio de la víctima de delito. La misma información es prudente cuando las oficinas obligadas a proporcionar la información no lo estén haciendo.

Bibliografía

- Aguilar García, Ana y Carrasco, Javier, *Servicios previos al juicio. Manual de Implementación,* Proyecto de Presunción de Inocencia – Instituto de Justicia Procesal Penal, México, 2011.
- American Bar Association, *ABA Standards for Criminal Justice, 3rd Edition: Pretrial Release*.
- Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, *Evaluación de la Reforma Procesal Penal: Estado de una Reforma en Marcha*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2003.
- Carrasco Javier, *Servicios de evaluación de riesgos y supervisión: mecanismos para el manejo de las medidas cautelares*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, Revista Sistemas Judiciales, No. 14, 2010, pp. 12 a 18.
- Duce, Mauricio et al., *La Reforma Procesal Penal en América Latina y su Impacto en el Uso de la Prisión Preventiva*, **en** *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago, Chile, 2009.
- Human Rights Watch, *The Price of Freedom, Bail and Pretrial Detention of Low Income*
- *Nonfelony Defendants in New York City*, U.S. *Program of Human Rights Watch*, New York, EE.UU. 2010.
- Manual de Servicios de Antelación a Juicio, Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Pag. 16

- Podestá, Tobías y Villadiego, Carolina, *Servicios de Antelación al Juicio: Una Alternativa Para Disminuir los Índices de Prisión Preventiva en la Región*, en *Revista Sistemas Judiciales N° 14: Prisión Preventiva*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago, Chile, 2010.

- Riego, Cristián, *Una Nueva Agenda para la Prisión Preventiva en América Latina*, en *Revista Sistemas Judiciales N° 14: Prisión Preventiva*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago, Chile, 2010.

- Villadiego, Carolina, *Estrategias para racionalizar el uso de la prisión preventiva en América Latina: los mecanismos de evaluación de riesgo*, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2011.

- Villadiego, Carolina, *Mecanismos de Evaluación de Riesgo y Supervisión de Medidas Cautelares: la experiencia de los servicios de antelación al juicio*, módulo de capacitación virtual, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago, Chile, 2010.

Legislación

- Constitución Política de la República de Guatemala
- Código Penal de Guatemala
- Código Procesal Penal de Guatemala
- Ley de la Oficina de Servicios de Antelación al Juicio
- Ley No. 177 de 12 de agosto de 1995 y sus enmiendas

TESTIGOS PROTEGIDOS SIN IDENTIDAD Y SIN ROSTRO

M.A. Hugo Roberto Saavedra

Testigos protegidos sin identidad y sin rostro

M.A. Hugo Roberto Saavedra

"En el fallo de la Corte Suprema, de Chile, respecto a la petición de anulación del juicio a comuneros mapuches, está la discusión de que "el inculpado tiene pleno derecho a saber quién lo está acusando, con todos sus antecedentes", El tema de fondo, sin embargo, en estos casos, no es la protección al testigo, sino la credibilidad de estos, puesto que los mismos mapuches dicen saber quiénes son. En el caso del testigo 26 del juicio en Cañete, los mapuches y su defensa plantean que se trata de una persona que era imputado en otro juicio, a pesar de ser testigo sin rostro. Es decir, si se pudiera corroborar la identidad del testigo, quedaría en evidencia que tiene otros móviles para atestiguar contra los procesados. ¿Qué sentido tiene entonces restringir a la defensa la posibilidad de cuestionar su credibilidad?"[1]

En el tránsito de la colaboración eficaz, una vez, ejecutado el beneficio otorgado al colaborante y obtener su libertad (excepto el condenado) el mismo adquiere la calidad de testigo de cargo del Ministerio Público, el cual podría quedar protegido, como cualquier otro testigo, si lo solicita, ante el riesgo inminente de un atentado a su vida o integridad física, por parte de miembros afines a la estructura criminal delatada, por lo tanto se le debe brindar protección al referido órgano de información, ya que ésta persona introducirá datos o elementos de prueba al debate, por lo que su declaración producirá una aproximación a la verdad histórica de los hechos investigados, al incriminar a los otros coautores, lo que constituye el objeto de prueba o *themaprobanbum* que sería los hechos penalmente relevantes, imputados a la estructura criminal.

Se puede aseverar que el colaborar eficaz o cualquier otro testigo que esté en riesgo, es un testigo presencial, pues le deben constar los hechos en forma directa,

[1] Noticia publicada el 14 de Junio del 2011 por la Comunidad CoñomilEpuleo, Caso testigos sin rostro versus mapuches, Chile. http://werkenkvrvf.blogspot.com/2011/06/testigos-sin-rostro-tras-el-fallo-de-la.html#!/2011/06/testigos-sin-rostro-tras-el-fallo-de-la.html

apreciados por sus sentidos; será espontaneo, pues su declaración la realizará por iniciativa propia, libre de toda coacción, prestando voluntariamente su testimonio; es preparado, pues declara en atención al interés del Ministerio Público, sólo así podrá impactar en el intelecto del juzgador, como otro elemento más de prueba, a efecto de obtener una eventual sentencia de condena.

Podría darse la posibilidad que un testigo que técnicamente no es protegido, manifieste temor por su seguridad personal o por su vida, o por el hecho de haber recibido amenazas, intimidaciones o coacciones, entonces su declaración podrá recibirse en su domicilio o en el lugar en donde se encuentren, tal como lo preceptúa el artículo 210 del Código Procesal Penal, más no tiene la calidad de un testigo protegido *strictu sensu*, sino que es un testigo resguardado, no descartándose que podría ingresar en el programa de protección a testigos y en tanto esa calidad aún no la tenga, continuará escondiéndose de sus potenciales agresores. Obvio, que la tutela estatal está ausente y por el instinto natural de sobrevivencia, ésta persona decide no salir de su hogar o bien busca otro lugar para su resguardo, verbigracia, la casa de un familiar, por lo que el juzgador deberá trasladarse allí para el examen del testigo, que es otro escenario diferente al testigo protegido.

Hoy día, el ser testigo de un hecho delictivo, representa un alto riesgo para su vida, a la integridad, bienes y familia, lo cual incide en razonar que es mejor para evitar problemas o represalias no se ofrece o se niega a ser testigo, ante lo cual, ciertos casos han quedado en la impunidad; esto obligó al Estado a repensar y brindar mecanismos de protección a testigos, acorde a las nuevas tendencias, en el combate al crimen organizado, y se aclara que esa protección no sólo se limita al colaborador eficaz sino que a todo testigo, que razonablemente está en riesgo inminente, en su vida o integridad, esto justificó la promulgación de la ley para la protección de sujetos procesales y personas vinculadas a la administración de justicia penal, Decreto número 70-96, y que preceptúa en su artículo 2 lo siguiente: “Objeto. El servicio de protección tiene como objetivo esencial proporcionar protección a

funcionarios y empleados del Organismo Judicial, de las fuerzas de seguridad civil y otras personas, que estén expuestos a riesgos por su intervención en procesos penales. También dará cobertura a periodistas que lo necesiten por encontrarse en riesgo, debido al cumplimiento de su función informativa".

Esa situación de riesgo, debe ser razonablemente cierta, tal como lo establece el artículo 11, literal a) de la referida ley, por lo tanto, se deberá explicar a la persona que desea ser testigo protegido, en qué consiste el riesgo inminente y objetivo, por lo que una simple conjetura o una sospecha, descartaría esa protección, y en caso, además éste estatus debe ser solicitado por el interesado, informando pertinentemente la existencia del riesgo para que se le brinde protección personal de seguridad, cambio de lugar de residencia, que podría incluir los gastos de vivienda, transporte y subsistencia personal de seguridad en residencia y/o lugar de trabajo, cambio de identidad y cualquier otro beneficio.

Por estas razones, del riesgo en que se encuentra el testigo, surgen dos modelos de protección a testigos, y el primero es el modelo español, que contempla dos formas: la del testigo oculto y el testigo anónimo. El oculto al momento de prestar la declaración, no puede ser visto de forma directa por el acusado o las partes, ya que utiliza una fachada en su rostro (lentes, sombrero, peluca u otros) en tanto que el anónimo es aquel cuya identidad y datos personales es desconocida para el Tribunal, la defensa o para ambos. Esta modalidad de testigo se encuentra en legislaciones de Chile, México, Colombia y Costa Rica.

El otro modelo, opera basado en la Sexta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, la cual establece que en todos los procesos criminales el acusado goza del derecho de confrontar a los testigos que están en su contra, con ello el jurado podrá evaluar la forma en que declara el testigo, postura que es garantista, al no permitir que el testigo se oculte en una fachada o reservar sus datos de identificación.

"Enmienda VI
En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado pública y expeditamente, por un jurado imparcial del Estado y distinto en que el delito se haya cometido, distrito que habrá sido determinado previamente por la ley; así como de ser informado sobre la naturaleza y causa de la acusación; que se le caree con los testigos en su contra; que se obligue a comparecer a los testigos en su favor y de contar con la ayuda de Asesoría Legal para su defensa".

Para el caso de Guatemala, nuestra legislación procesal penal y algunas leyes especiales, están inspiradas en el modelo español, al aceptar al testigo oculto o sin rostro y al testigo anónimo o sin identidad, que se proceden a explicar en principio y posteriormente se analizarán a la óptica de ciertas garantías constitucionales, y naturalmente desde el Derecho de la defensa, con el fin de brindar argumentos técnicos legales a la defensa, en contra de estas tendencias, propias del Derecho penal del enemigo, al blindar extremadamente al testigo, so pretexto del combate a la criminalidad organizada, advirtiendo que en la ley para la protección de sujetos procesales, anteriormente comentada, no se presentan estas modalidades de testigos.

- **El testigo sin rostro u oculto:**

Esta clase de testigo se encuentra regulado en el artículo 218bis, literal e) del Código Procesal Penal –CPP–, el cual prescribe literalmente que: "Procedimiento en caso de declaración por medio audiovisual. La declaración a través de videoconferencia u otros medios audiovisuales de comunicación, podrá realizarse durante el debate oral y público o en carácter de anticipo de prueba. La diligencia se realizará con base en lo siguiente:

En caso que el testigo goce del beneficio del cambio de identidad o se determine que por razones de seguridad se debe ocultar su rostro, se tomarán todas las precauciones necesarias para evitar que el mismo pueda observarse a través del medio que se utilice".

Este testigo, se presentará ante el juez, a través de la video declaración cubriendo su rostro, por ejemplo con lentes, peluca y sombrero, y aunque el anterior artículo no lo menciona no se descarta que se distorsione su voz para mayor seguridad, y

apegados al debido proceso el fiscal al momento de ofrecer la prueba, de conformidad con el artículo 343 CPP, fundamentará el por qué deberá declarar como testigo sin rostro.

Una mala praxis, es el hecho de que el testigo, al presentarse ante el juez, decide antes de declarar y de forma improvisada, ocultar su rostro, ante lo cual se están variando las formas del proceso penal, pues no fue ofrecido por el fiscal como testigo sin rostro, ante lo cual la defensa debe presentar la actividad procesal defectuosa, con fundamento en el artículo 283 del CPP, debido a que se está vulnerando el artículo 12, constitucional que consagra el debido proceso, al alterarse las formas procesales, pues ese testigo oculto sólo opera en la video-conferencia en debate público y no como testigo de cuerpo presente ante el juez y claro no fue ofrecido por el Ministerio Público en esa forma, pues no es una video declaración, sino una ocurrencia de ese órgano de información, que es comprensible al correr peligro su vida e integridad, pero esa circunstancia no es pretexto para socavar ciertas garantías constitucionales en perjuicio de los imputados.

- **El testigo sin identidad o anónimo**

La misma lógica se aplica a este testigo llamado sin identidad, el cual se presenta ante el juzgador, reservándose sus datos de identificación, tal como se prescribe en el artículo 217, último párrafo del Código Procesal Penal, que regula lo relativo al testigo:

“El juez o el fiscal que conozca del caso podrá, a su criterio, conservar con carácter reservado o confidencial, sus datos personales así como lo expresado por el testigo respecto a los temores por su integridad y todo lo referente a las amenazas e intimidaciones, a fin de que se aprecien en su oportunidad o en su defecto, ordenar que se inicie la persecución penal correspondiente”.

En este sentido, y en ciertos casos, a la defensa no se le pone a la vista el documento de identificación del testigo, ignorando nombres y apellidos de ese órgano de información, y tal como lo preceptúa el artículo precitado, tampoco podrá conocer de dónde proviene la fuente del riesgo que gravita sobre ese testigo, y será diligenciada esa

prueba como testigo A, testigo B, etcétera, con lo cual la defensa no podrá cuestionar la idoneidad del mismo, tal como lo establece el artículo 211 del CPP, al preceptuar que: “Se investigará por los medios de que se disponga sobre la idoneidad del testigo, especialmente sobre su identidad, relaciones con las partes, antecedentes penales, clase de vida y cuanto pueda dar información al respecto”

Aparentemente, existe contradicción entre el artículo 217 y el 211, ambos de la misma ley penal adjetiva, pues el primero acepta la reserva de la identidad y el segundo establece que se investigará la identidad, sin embargo no es así, pues una correcta hermenéutica aplicada al precepto 211, se concluye que la regla general es develar los datos de identificación del testigo, pero si este se encuentra en un riesgo inminente, razonable, que es la excepción, pues se dispondrá la confidencialidad de su identidad, a sabiendas que se están conculcando ciertas garantías procesales del imputado, por ende, la defensa debe centrar su análisis lógico jurídico en aquella excepción a la regla general, para desacreditar al testigo sin identidad.

Por su parte el artículo 343 del CPP, establece que al ofrecer la prueba de testigos se indicará el nombre del testigo y documento de identidad, que también sería la regla general, pero la defensa debe fiscalizar que en ese momento se ofrezca como testigo anónimo, sin perjuicio de objetar ese ofrecimiento, inclusive si el juez de oficio decide esa modalidad de testigo, pues si no se ofrece así por el fiscal, esa reserva no podrá realizarse en el debate público, pues se estaría conculcando el principio de imperatividad contenido en el artículo 3 del CPP, más el hecho de que se haya ofrecido así, no obstante para que la defensa se oponga, ante esa arbitraria forma de declaración, presentando la actividad procesal defectuosa, de conformidad con el artículo 283 del CPP, por existir un defecto absoluto por inobservancia de ciertas garantías constitucionales, tema que se abordará posteriormente.

En cuanto al derecho comparado por ejemplo, en los procesos judiciales en Colombia, la Corte Constitucional en los años 90 aceptaba la figura del testigo con reserva de identidad, argumentando que la declaración del mismo no

vulneraba el derecho de defensa, dado que, conocer la identidad de la persona no era necesario, lo importante era poder controvertir las pruebas, puesto que de esa forma se garantizaba plenamente el debido proceso y en sentencia del 22 de abril de 1993, el Magistrado ponente, Dr. Fabio Morón Díaz, expone que lo que se buscaba con la aceptación del testigo con reserva de identidad no era promover una justicia secreta, sino simplemente crear mecanismos para proteger a los testigos, con el fin de garantizar una efectiva y correcta administración de justicia.

Otro, caso, es la Sentencia de la Corte de Apelaciones, de Chile, de fecha 13 de Octubre del 2013, en la cual se razona que: "…independiente de los aspectos fácticos que se desarrollaron en este juicio, la existencia de testigos protegidos o cuya individualización no debe entregarse para asegurar su integridad física y psíquica, se corresponde en una sociedad en donde la declaración de los testigos, puede ser perjudicial para personas que, en orden a evitar el testimonio, adopten presiones ilegales o amedrentamiento que amenacen la vida o la integridad física, incluso la afecten, como se ha conocido en otros países. Desde este punto de vista, es perfectamente posible que los testigos no presenten la identidad frente a los imputados o sus abogados, porque ello no constituye un elemento sustancial de la defensa técnica, pues ella debe referirse al contenido, análisis y ponderación de lo que éste declare, aspecto del cual no debe existir limitación alguna. Esto es, un testigo debe declarar acerca de toda y cada una de las circunstancias que tengan relación con los hechos investigados, pero tiene el pleno derecho de omitir cualquier dato que pudiere identificarlo, por un fin mucho mayor, que ya no es averiguar la verdad sino conservar la vida y la integridad física y psíquica de una persona…", hasta aquí con el derecho comparado, del cual se infiere que la tendencia hoy en día, es darle ponderación a lo declarado por el testigo sin identidad, dejando en un segundo plano "la credibilidad" del mismo.

Los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos, tienen claridad meridiana que para interrogar al testigo, se debe conocer su identidad, a saber:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, 8.2. f) "Derecho de la defensa de interrogar a los testigos…"

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 14.3. e) "A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo…"

- Las Reglas de Mallorca o Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia Penal, regla 29.3, preceptúa que: "El acusado y su defensor tienen derecho a interrogar a los testigos".

- El art. 6, 3,d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece: "Todo acusado tiene, como mínimo derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él".

Ese Derecho de defensa de interrogar al testigo, debe interpretarse extensivamente al tener pleno conocimiento de la identidad de este órgano de información y sobre todo de sus características físicas, principalmente del rostro, nombres y apellidos, de lo contrario estamos ante una indefensión, ante barreras que bloquean el libre ejercicio de la defensa.

Merece reflexión el hecho de que en nuestro Sistema regional de protección de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, efectivamente reconoce este derecho humano de la defensa técnica y material a interrogar al testigo, que implícitamente conlleva conocer su identidad y demás datos personales, sin embargo y paradójicamente el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del año 2013, en su artículo 65.8, acepta la reserva de la identidad del testigo:

Artículo 65. "Presentación y producción de pruebas. 8. Antes de su intervención, los testigos y peritos deberán identificarse y prestar juramento o promesa solemne de decir la verdad. A solicitud expresa del interesado, la comisión podrá mantener en reserva la identidad del testigo o perito cuando sea necesario para proteger a éstos o a otras personas", y podría darse el caso que la defensa en el

litigio estratégico, invoque la Convención para sustentar la no aplicación del testigo sin identidad, en tanto que la fiscalía sustentará su pretensión en el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En apariencia podríamos estar ante una contradicción de preceptos, pero no es así. La Convención es un Tratado de Derechos Humanos de carácter general, cuyas normas son de carácter *selfexecuting,* de aplicación inmediata y no requieren de un desarrollo legislativo posterior, y aplicando el principio *pro homine*, la Convención beneficia más al acusado, en tanto que el Reglamento, en cuanto a su ámbito de aplicación es limitativo al diligenciamiento de la prueba de testigos en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como órgano supra nacional, por lo que esas normativas, no contemplan antinomias, pues sus radios de acción son diferentes, en cuanto a la Convención es utilizable en el proceso penal y el Reglamento es para la Comisión.

Se advierte, una reflexión que versa en que la anterior interpretación, se realiza desde la óptica de la defensa, ya que no se descarta que con fundamento al principio *pro homine*o del principio irradiación de los Derechos Humanos, la fiscalía, insiste en que el artículo 65.8 del Reglamento, beneficia a la víctima por el tema del riesgo que hace imperativo la reserva de la identidad del testigo, ante lo cual, el juzgador deberá resolver esa colisión de valores entre el Derecho de Defensa del imputado y el valor vida e integridad del testigo, y sin duda ponderará al testigo protegido, no obstante que el Reglamento es de aplicación exclusiva para la comisión, incluso no está conceptualizado como un Convenio o Tratado.

Por su parte la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo, sigue la línea de tutelar al testigo sin identidad, al presentar la directriz a los Estados signatarios de la siguiente forma:

"**Artículo 24**

- *Protección de los testigos*

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger

de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos comprendidos en la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.

2. Las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo podrán consistir, entre otras, sin perjuicio de los derechos del acusado, incluido el derecho a las garantías procesales, en:

a. Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y lo posible, su reubicación, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información relativa a su identidad y paradero;

b. Establecer normas probatorias que permitan que el testimonio de los testigos se preste de modo que no se ponga en peligro su seguridad, por ejemplo aceptando el testimonio por conducto de tecnologías de comunicación como videoconferencias u otros medios adecuados".

Por su parte la Ley contra la Delincuencia Organizada, en su artículo 104, numeral 3), en relación al Colaborador Eficaz, preceptúa que. "El fiscal podrá establecer según el grado de riesgo o peligro existente, las medidas de protección necesarias para garantizar la seguridad y preservar la identidad del protegido y la de sus familiares, su domicilio, profesión, lugar de trabajo, pudiendo adoptar las siguientes: "Previo a la primera declaración del imputado, preservar u ocultar la identidad del beneficiario y demás datos personales".

Se concluye, y la praxis así lo demuestra, que la tendencia imperante es utilizar más al testigo anónimo que al testigo sin rostro, no solo en los juzgados y tribunales de mayor riesgo, sino que en los de competencia ordinaria, por lo que existe una clara tensión entre el derecho de defensa y la protección al testigo, pues son intereses contrapuestos y en ambos casos, por un lado el respeto irrestricto a las garantías del procesado que no se deben conculcar y por el otro brindarle al testigo todas las

condiciones propicias para que se aproxime al juzgado y que declare espontáneamente, no obstante haber recibido amenazas e intimidaciones, con lo cual se protege su vida e integridad y extensivamente la de su cónyuge e hijos, que es aceptable desde todo punto de vista, pero sin sacrificar principios procesales como el derecho de defensa, el debido proceso y la contradicción de la prueba.

"La Directora de la Defensa Pública, de Costa Rica, Marta Iris Muñoz Cascante, externó su preocupación precisando "claras inconstitucionalidades" y roces con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en temas como la reserva de la identidad del testigo. Al respecto dijo que "…el testigo sin rostro contradice al bloque de constitucionalidad al ocultar la identidad de un testigo al imputado y a su defensor en cualquier fase del proceso, pues esto sería violatorio de la garantía de defensa y, por ende, del debido proceso…"[2]

Se comparte el criterio expuesto por la referida defensoría, pues esas modalidades de testigos, conculcan garantías constitucionales, tal como se aprecia en el siguiente recuadro:

La publicidad, como garantía procesal, no se limita únicamente al hecho de que los actos procesales en la audiencia respectiva, sean conocidos por los sujetos procesales y público en general, sino que exista transparencia en esos actos judiciales, y ese efecto se irradia al testigo, en cuanto a conocer su identidad, nombres, apellidos y demás datos de identificación, y si esa información le es vedada a la defensa, se estaría afectando esa transparencia procesal, al no tener datos históricos del perfil de vida de ese órgano de información.

[2] Quirós, Frank Harbottle. El Testigo sin rostro, en el anticipo jurisdiccional de prueba en el proceso penal costarricense. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, Página 296

Lo mismo sucede, con el principio de inmediación procesal, que interpretado extensivamente es observar y escuchar directamente al testigo, visualizar su forma de expresión y gesticulación, su pasividad o intranquilidad, inclusive, pedir su colaboración para observar alguna parte de su cuerpo, verbigracia, que exhiba un área de su rostro al juzgador, para establecer si tiene algún tatuaje o cicatriz, por lo tanto, para el caso del testigo sin rostro, esa fachada que utiliza como usar gorra, lentes o peluca, vulneran este principio de inmediación procesal, incluso, podría tratarse de otra persona. De más resulta, explicar que el testigo sin identidad, afecta el derecho de defensa, consagrado en el artículo 12 de nuestro texto constitucional, al impedir el constructo de la perfilación bio-psico-social de este órgano de información.

La dialéctica del debate público, por ser adversarial implica la existencia de un contradictorio entre fiscal-defensa y luego de la declaración del testigo, puede ser interrogado por la fiscalía y por la defensa técnica un contra interrogatorio, que se torna en ineficaz ante el testigo sin identidad al desconocer datos personales del mismo y en cuanto al testigo oculto, la defensa tiene a un personaje fachada como órgano de información, por ende, ese contra interrogatorio, se nulifica, en perjuicio del acusado.

Hipotéticamente, el acusado en el debate público, podría pedir al juez un careo con el testigo sin rostro, y de conformidad con el artículo 250 de la ley penal adjetiva, el juzgador unipersonal o tribunal, acepta la petición de la defensa y lo autoriza, a sabiendas que el acusado se enfrentará a un personaje irreconocible, por lo tanto, ese careo se realizaría con plena incertidumbre jurídica, conculcando el derecho humano a la seguridad jurídica, establecido en el artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y por supuesto afectando gravemente el debido proceso y el sagrado derecho de defensa.

Basta leer, en el derecho comparado, la sentencia del 6 de abril del 2000, dictada por la Corte Constitucional de Colombia, para comprender la vulneración de ciertas garantías constitucionales:

"Es evidente que cuando se ignora la identidad de la persona que rinde una declaración en contra del sindicado se mengua de manera protuberante y ostensible la garantía constitucional del debido proceso público, en la medida en que se desconoce por completo el principio de publicidad y contradicción de la prueba, al imposibilitarse el ejercicio pleno del derecho a tachar al testigo, cuando existan motivos para dudar de su imparcialidad, afectando a la defensa, en este sentido, deben existir otros mecanismos idóneos para proteger al testigo, sin que con éstos se quebranten dichas garantías constitucionales, por lo que ha de concluirse entonces que la reserva de identidad de los investigadores, juzgadores y testigos resulta violatoria del derecho a la publicidad del proceso, a la imparcialidad de los funcionarios y a la contradicción de la prueba y, en tal virtud, de la garantía constitucional al debido proceso". Más claro no puede ser este razonamiento lógico jurídico garantista, que ilustra perfectamente lo arbitrario que resulta el utilizar no sólo al testigo sin identidad sino que al testigo sin rostro, considerados como un retroceso a la inquisición, por lo que se insta a la defensa, a presentar la acción de inconstitucionalidad en caso concreto, para generar la inaplicabilidad de estas figuras, a favor del imputado.

Por su parte el fallo Smith vs. Illinois (1968), un caso por narcotráfico en el que el acusado fue hallado culpable, decisión que fue además corroborada por la Corte Suprema de Justicia de Illinois. Smith recurre al Tribunal Supremo Federal argumentando una violación de su derecho a confrontación, pues, en el contra examen de un testigo de cargo, éste reconoció que el nombre que había proporcionado al fiscal en el examen directo era falso. No obstante, luego, cuando el defensor le preguntó cuál era su verdadero nombre y dónde vivía, el tribunal de Illinois, acogió las objeciones que formuló el fiscal e impidió al defensor conocer la verdadera identidad del testigo. La defensa obtuvo que la Corte Suprema Federal revocara la condena impuesta, quien calificó al caso como uno en el que lo debatido era básicamente la credibilidad de ese testigo de cargo", por lo tanto, ese testigo sin identidad, inclusive, el testigo sin rostro afectan la categoría de la credibilidad de su declaración, so pretexto de la protección.

En el Sistema Interamericano este problema es abordado en el fallo Castillo Petruzzi versus Perú, en el que la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos resuelve que: "... a los acusados debe concedérseles la facultad de interrogar y contra interrogar a los testigos en las mismas condiciones que al persecutor, con el objeto de ejercer su defensa. Siendo esto así, se argumenta que rompe dicha igualdad de armas que la defensa desconozca la identidad de los testigos, pues ya no estaría en las mismas condiciones que la fiscalía para contradecir la prueba".

Con la finalidad de reforzar el argumento de la Defensa, sobre la utilización de estas clases de testigos, se transcriben ciertos puntos de la sentencia de fecha 29 de mayo del año 2014, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Norín Camtrimán y otros, versus Chile[3], la cual expone la gravedad de usar al testigo sin identidad o sin rostro:

"233. El Ministerio Público fundó su solicitud en que era "absolutamente necesaria la adopción de estas medidas para garantizar la debida protección de los testigos, así como de sus familiares y demás personas ligadas a ellos por relaciones de afecto, en atención a la naturaleza del ilícito pesquisado y en especial considerando las características de los mismos, circunstancias éstas que revisten de particular gravedad al caso investigado". También expresó el Ministerio Público que "estas medidas no afectan el derecho de defensa, puesto que esta Fiscalía ya puso en conocimiento de los abogados defensores los registros de la investigación,

[3] http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf

para que puedan hacer las alegaciones correspondientes en la audiencia de preparación del juicio oral y preparar las contra interrogaciones respectivas para el juicio oral". El Juez de Garantía de Traiguén hizo lugar a todo lo solicitado.

234. Dos testigos con identidad reservada declararon en las audiencias públicas celebradas en los juicios seguidos contra los señores Norín Catrimán y Pichún Paillalao. Lo hicieron detrás de un "biombo" que ocultaba sus rostros de todos los asistentes, exceptuando a los jueces, y con un "distorsionador de voces". La defensa tuvo la oportunidad de interrogar a los mismos en esas condiciones.

242. La Corte ha señalado que entre las garantías reconocidas a quienes hayan sido acusados, está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa. La reserva de identidad del testigo limita el ejercicio de este derecho puesto que impide a la defensa realizar preguntas relacionadas con la posible enemistad, prejuicio y confiabilidad de la persona misma del declarante, así como otras que permitan argumentar que la declaración es falsa o equivocada.

246. Para pronunciarse en el presente caso, la Corte también tomará en cuenta si en los casos concretos el Estado aseguró que la afectación al derecho de defensa de los imputados que se derivó de la utilización de la medida de reserva de identidad de testigos estuvo suficientemente contrarrestada por medidas de contrapeso, tales como las siguientes:

a. La autoridad judicial debe conocer la identidad del testigo y tener la posibilidad de observar su comportamiento durante el interrogatorio con el objeto de que pueda formar su propia impresión sobre la confiabilidad del testigo y de su declaración , y

b. Debe concederse a la defensa una amplia oportunidad de interrogar directamente al testigo en alguna de las etapas del proceso, sobre cuestiones que no estén relacionadas con su identidad o paradero actual; lo anterior con el objeto de que la defensa

pueda apreciar el comportamiento del testigo bajo interrogatorio, de modo que pueda desacreditarlo o, por lo menos, plantear dudas sobre la confiabilidad de su declaración.

247. Incluso cuando se hayan adoptado medidas de contrapeso que parecen suficientes, la condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada. De lo contrario, se podría llegar a condenar al imputado utilizando desproporcionadamente un medio probatorio que fue obtenido en detrimento de su derecho de defensa. La determinación de si este tipo de pruebas ha tenido un peso decisivo en el fallo condenatorio dependerá de la existencia de otro tipo de pruebas que corrobore aquellas de tal forma que, a mayor prueba corroborativa, menor será el grado decisivo que el fallador otorga al testimonio de identidad reservada.

478. Por tanto, la Corte declara: 3. El Estado violó el derecho de la defensa de interrogar testigos, consagrado en el artículo 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Pascual Huentequeo Pichún Paillalao y Víctor Manuel Ancalaf LLaupe, en los términos de los párrafos 241 a 260 de la presente sentencia."

Por su parte el Sistema Europeo de Derechos Humanos, también se ha referido expresamente a la existencia de testigos reservados en relación al derecho de defensa de los imputados, por lo que se invita a la defensa a consultar en la red, tres fallos principales, y que marcan doctrinas diferentes: Kostovski vs. Netherlands (1989); Doorson vs. Netherlands (1996); y Krasniki vs. The Czech Republic (2006).

Finalmente, estas modalidades de testigos, tal como se ha expuesto afectan el debido proceso, que lo relativizan, al nulificar aquellas garantías procesales citadas anteriormente, que se diluyen en perjuicio del o la imputada, por ende ya no es posible hablar de un "debido proceso" y menos de una tutela judicial efectiva, en todo caso es un proceso relativizado, debilitado, y se puede afirmar categóricamente que la macro afectación finalmente se centra en el derecho de defensa, provocando un estatus de

indefensión del o los acusados, frente a este testigo sin identidad o testigo sin rostro, por lo que se exhorta a la defensa no claudicar, en su oposición a la utilización de este tipo de testigos, engendros del derecho penal del enemigo.

Bibliografía

- Quirós, Frank Harbottle. El Testigo sin rostro, en el anticipo jurisdiccional de prueba en el proceso penal costarricense. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, Página 296

- Human Rights Watch. Volumen 16, Nueva York, Estados Unidos, 2004. Página 36

- Noticia publicada el 14 de Junio del 2011 por la Comunidad Coñomil Epuleo, Caso testigos sin rostro versus Mapuches, Chile.

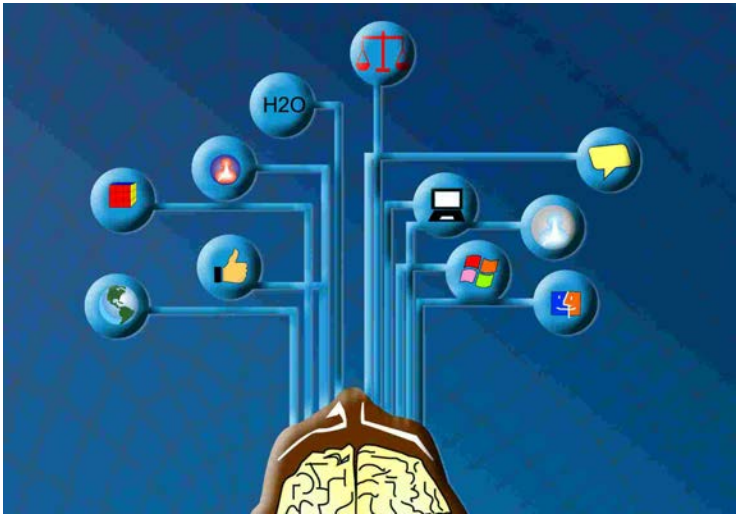
E-grafía

- http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf

- http://werkenkvrvf.blogspot.com/2011/06/testigos-sin-rostro-tras-el-fallo-de-la.html#!/2011/06/testigos-sin-rostro-tras-el-fallo-de-la.html

Leyes

- Constitución Política de la República de Guatemala
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Reglamento de la comisión Interamericana de Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Reglas de Mallorca
- Convenio Europeo de Derechos Humanos
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional
- Ley de protección de sujetos procesales y personas vinculadas a la administración de justicia penal
- Constitución de los Estados Unidos de América
- Código Procesal Penal
- Ley contra la Delincuencia Organizada



LA EDUCACIÓN VIRTUAL EN EL ÁMBITO JURÍDICO

M.A. Sara Marisol Mejía Alburez

La educación virtual en el ámbito jurídico

M.A. Sara Marisol Mejía Alburez

Comienzan los años 90. Guatemala, está ensayando a vivir en democracia. Ya la época del terror y de la guerra se ha ido desvaneciendo, y muchos cambios suceden en el país. Pero no sólo en Guatemala. El mundo social está siendo influenciado por un invento: la computadora, la cual irrumpe en todos los campos sociales y académicos. Surgen los discos suaves de 5 ½ " y posteriormente los más pequeños de 3 ¼". Se habla de los programas a usar en la computadora como el D.O.S. y el Professional Write. Este es un momento crucial en la historia de la humanidad. A partir de ahora comienza una nueva era llamada digital, de informática, del conocimiento, de la información, cibernética, etcétera.

Ya en el nuevo siglo, explota como lava de volcán en erupción la Tecnología de la Información y la Comunicación TIC, con todas sus herramientas y accesorios que poco a poco han ido automatizando todos los procesos habidos y por haber.

Cada día que pasa la tecnología invade todos y cada uno de los entornos de la persona humana. La banca, el comercio, la industria, la medicina, el hogar, la agricultura, la diversión y por supuesto la educación.

Surge entonces la gran división social. Los inmigrantes digitales y los nativos digitales. Brotan nuevos términos como "analfabeta digital", el cual se refiere a la persona humana que aunque profesional es ignorante en el campo de la informática, pasando por principiantes, avanzados hasta llegar a los expertos digitales, representados por personas regularmente jóvenes que se las saben todas en el campo de la informática.

Y repentinamente, se rompe el paradigma: ahora los más jóvenes saben más que los maduros, que se consideraban sabios. Mientras menos años, más expertos en el uso y manejo de los artefactos tecnológicos; y mientras más viejos,

más ignorantes y más reacios a dejarse influenciar por la Tecnología de la Informática y la Comunicación. Y así estamos, hoy en día resulta que hasta los niños de pañales, quienes ya traen los bytes incorporados, le muestran al adulto como se usa un Smart Phone o un Ipad. Cuando un aparato nuevo llega a casa, no son los adultos, los llamados a estrenarlos. Son los jóvenes y los niños quienes enseñan para qué sirven, cómo funcionan y que uso se puede dar a toda una serie de artefactos tecnológicos a cuál más sofisticados.

En el campo de la educación, la tecnología ocupa ahora un lugar preponderante. La máquina de escribir ha dejado de existir y su lugar lo ocupa la computadora, tanto de escritorio como las llamadas lap tops. En todo centro educativo se encuentran las aulas virtuales, los laboratorios colaborativos, y por supuesto la educación virtual.

En los colegios y universidades, van desapareciendo los libros de texto y su lugar lo van tomando los Ipad, la tablet, y los nuevos inventos tecnológicos. Los profesores ahora no reciben los cuadernos y las cartulinas de tarea. Todo se envía virtualmente a través de la plataforma con una gran economía de papel, y por supuesto con una gran calidad.

El ámbito jurídico no ha podido sustraerse a este intrépido y frenético desarrollo tecnológico. Es así que en la oficina de todo abogado no puede faltar el equipo de cómputo y la conexión a internet. Ahora ya no es necesario tener toda la colección de leyes actualizadas en papel. Basta con saber buscar en Google o en otro buscador, y se tendrá exactamente lo que se necesita en el momento oportuno. Todo el material que se trabaja en la oficina, queda guardado en la computadora, en el disco externo, y aún en la nube, para que quede de constancia, y pueda reutilizarse para nuevos casos.

La formación y capacitación de los abogados, de la Defensa Pública Penal se desarrolla ahora en tres modalidades: presencial, semi presencial y virtual. La primera en la cual los tutores desarrollan procesos tradicionales cara a cara con los participantes, como antaño. Aun así se valen de recursos y herramientas tecnológicos que hacen más amena y más fácil la

entrega didáctica de contenidos actualizados.

La modalidad virtual, rompe las barreras de tiempo y espacio, ya que tanto tutores como participantes sin importar la distancia, y la ubicación geográfica ni el tiempo, pueden realizar procesos andragógicos, funcionales y significativos, e interactuar a distancia , creando aprendizaje colaborativos con sus pares, compartiendo experiencias y conocimientos, desde distintas ubicaciones y momentos con herramientas como los foros virtuales, los chats educativos, las evaluaciones on line y similares.

Los tutores y los participantes, van desarrollando competencias digitales que les permiten realizar procesos innovadores e interesantes. Ahora, pueden valerse de videos, video-conferencias, documentos de todo tipo, slides y presentaciones, en fin. Es inagotable la fuente del conocimiento, y resulta que lo que ahora hace falta es tiempo.

Hay una tercera modalidad: La llamada híbrida o blended learning, en la cual se toma lo mejor de las dos modalidades anteriores, para establecer un sistema de trabajo en el cual se pondrán en práctica las bondades de la educación presencial, acompañadas de todo el arsenal tecnológico y digital. El propósito es crear un modelo de capacitación de alto nivel, que permita formar y actualizar a los abogados de las diversas instancias del sector justicia, en el ámbito jurídico actual, por medio de la Tecnología de Información y Comunicación, y de la Tecnología de Aprendizaje y Comunicación. De esa forma, todos los participantes de la Defensa Pública Penal, en poco tiempo habrán actualizado sus conocimientos jurídicos y legales, en sintonía con las transformaciones que se dan a nivel nacional como internacional en la aplicación de la justicia y de la legislación, y se irán convirtiendo, poco a poco expertos en el uso de tecnología.

La tarea de poner en contacto los contenidos declarativos, procedimentales y actitudinales, con los participantes, en este caso los abogados de la Defensa Pública Penal, se ha encomendado a los tutores virtuales. Entonces cabe la pregunta:

¿Qué es un tutor virtual?

Consiste en una persona especialmente preparada para crear un ambiente de aprendizaje virtual, ofreciendo actividades creativas y amenas que facilitan el aprendizaje y la respectiva orientación y apoyo continuo en todo el proceso.

Según García Aretio (2001) tutor es "alguien que ejerce tutela a otra persona menor." El rol del tutor se entiende como una persona-recurso que apoyará el trabajo del participante, puede ser trabajando individual, colaborativa o cooperativamente. Delgado (2009) indica que ser un mediador en entornos virtuales, no significa solamente cambiar el espacio de un aula tradicional a un aula virtual. El tutor virtual deberá ser capaz de dominar los conocimientos del material que tutela así como el uso adecuado de las técnicas y mecanismos propios de la educación a distancia, y conocimiento de las herramientas tecnológicas que le apoyaran en el proceso virtual en el entendido que en la educación virtual se cambia los libros por documentos electrónicos, las discusiones en clase por foros virtuales o las horas de atención a estudiantes por encuentros en chat o foros de conversación. Esta nueva tendencia requiere por parte del tutor virtual encontrar nuevas estrategias que permitan mantener activos a los estudiantes aun cuando éstos se encuentren en distintas partes (Jutiapa, Petén, Chiquimula,etc), creando conocimiento y desarrollando procesos de aprendizaje significativo, pero lo más importante aprovechando las experiencias y los conocimientos de los participantes por medio de procesos colaborativos.

Funciones y características del tutor virtual

La función como tutor virtual radica en la fusión entre orientar a los participantes en la comprensión de contenidos, una interpretación adecuada de los procedimientos, y encontrar el momento y la forma pertinente de ejecución de tareas, actividades que evidencien el aprendizaje, utilizando un proceso distinto al tradicional en relación a la evaluación, ya que se requiere autoevaluaciones, cada actividad es evaluación por medio de listas de cotejo, escala de rango, rúbricas, herramientas de evaluación que rompen paradigmas.

En la educación virtual, el tutor tiene como característica fundamental fomentar el desarrollo del estudio independiente de los participantes o alumnos, será un orientador, guía y facilitador del aprendizaje. En la educación a distancia el alumno trabaja a su ritmo, aislado, solitario, sin un docente presencial y es en ésta parte donde el tutor virtual pasa a ser protagónica pues asistirá de forma personal con los participantes, ayudándoles en el proceso de aprendizaje.

Una de las principales características del tutor virtual en el desarrollo de un módulo consiste en tener una mediación pedagógica y andragógica adecuada para que los documentos sean entendibles a los posibles usuarios. De la mano con la tecnología que brinda herramientas que facilitan el proceso de aprendizaje en modalidad semipresencial o virtual.

Existen muchas características del tutor virtual estas son algunas:

1. Manejo adecuado de herramientas tecnológicas de aprendizaje. Para ser competente en el uso y manejo de las TIC´s, se hace necesario desarrollar competencias tecnológicas que de manera integrada conviertan al tutor virtual en un experto digital.
2. Utilización adecuada de los medios virtuales. Las plataformas virtuales se convierten en el medio fundamental, que brinda alojamiento a los diferentes módulos a desarrollar.
3. Uso adecuado de la netiqueta. En los foros y en los chats educativos, los participantes deberán observar normas de conducta pertinentes. En esto consiste la netiqueta. Un código de comportamiento virtual.
4. Llevar un orden estricto en cuanto a las actividades de los participantes. Esto requiere una planificación y una organización efectivas por parte del tutor, para evitar a toda costa, la improvisación y la rutina.
5. Capacitarse continuamente. El tutor virtual debe saber que el conocimiento y la tecnología avanzan a paso veloz, y que se hace necesario estar

actualizándose siempre, para no quedarse a la zaga.

La función del tutor según García Aretio (2001), se sintetiza en orientar académicamente. La función orientadora se refiere a integrarse al proceso educativo de los participantes de una manera continua, apoyándose en aspectos técnicos de estudio y adquisición de disciplinas de estudios, sin dejar a un lado el tema tecnológico que sea sencillo y funcional.

Es de esta forma como la función del orientador se concentra en las siguientes actividades:

- El participante no se debe sentir solo, debe existir un acompañamiento permanente.
- Escribir claramente lo que se requiere en el cumplimiento de metas, así como la ejecución de materiales con un objetivo claro.
- Comunicación constante con los participantes.
- Ser guía en las técnicas de estudio a utilizar de la mano de las actividades y resolución de problemas que coadyuven en el aprendizaje.
- Fomentar actividades colaborativas y cooperativas.
- Debe existir una motivación en todo momento creando un clima agradable y de confianza con el fin de obtener alta la autoestima en los participantes.
- Ser un asesor en la utilización de fuentes bibliográficas, contenidos y herramientas para la creación de nuevos aprendizajes.

Por otro lado la función académica se refiere a ser especialistas en sus fortalezas. Los tutores tienen que tomar en cuenta los siguientes aspectos:

- Diagnóstico, determina los saberes previos de los participantes así como las destrezas y actitudes que se debe obtener para el curso a impartir.
- Informativa, los participantes deben estar informados de todo lo que se realizará, objetivos, competencias y contenidos.

- Guía de proceso de aprendizaje, el tutor mostrará la metodología a utilizar y mediar los objetivos ó competencias con el contenido.
- La evaluación es un proceso totalmente diferente a lo tradicional puesto que es una evaluación constante en la que cada actividad cuenta, se deben ver destrezas y actitudes desarrolladas apropiadamente.

La función institucional es parte de las otras dos porque debe existir una coordinación entre los participantes el tutor y la institución que brinda el curso. Desde esta perspectiva lo fundamental es:

- Ser partícipe de la filosofía que la institución o sistema de educación virtual tiene, así mismo conocer su visión y misión, toda la estructura y la metodología de la misma.
- Se deben realizar informes detallados de las actividades realizadas; así también de la forma de evaluación que se diseñó para que exista un control de los participantes, así como del tutor.
- Comunicación eficaz con todos los tutores y ó docentes de la institución. Con el propósito de ir mejorando los módulos deben realizarse reuniones virtuales y presenciales entre los tutores, actividad que permitirá mejorar el ambiente entre el grupo de profesionales dedicados a dirigir los módulos.

La tecnología ha llegado para quedarse. Cada día que pasa, surgen nuevos inventos que al principio asombran, pero con el transcurrir del tiempo, facilitan la tarea, la hacen más agradable y se filtran por los intersticios de la mente, convirtiéndose en necesarios para la labor cotidiana. Todo profesionista debe estar consciente de esta situación, porque “Quién no se actualiza, se fosiliza”.

Entonces, qué se hace. Cuando no se puede con el enemigo, pues qué queda: unirse a él. Afortunadamente, toda persona está dotada de los tres ingredientes necesarios para alcanzar la excelencia: el tiempo, el talento y la actitud.

Bibliografía

- GARCÍA ARETIO, L. (2OO1). *La educación a distancia. De la teoría a la práctica*. Barcelona: Paidos
- MARTINEZ, J. (2OO4) *El papel del tutor en el aprendizaje virtual*, “artículo en línea”. UOC,
- Fecha de consulta 27/O9/O7. http://www.uoc.edu/dt/20383/

LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

M.A. Samuel Villalta Aguilar

Los derechos humanos de los pueblos indígenas

M.A. Samuel Villalta Aguilar

Los indígenas han sufrido discriminación racial y marginación desde el inició de la conquista, en lo que hoy se conoce como el Estado de Guatemala, por lo que vienen siendo excluidos de las actividades políticas, económicas, sociales y culturales, negándoseles acceso a la educación en su propio idioma, a la propiedad de la tierra y a cargos públicos, entre otras violaciones no menos graves, lo cual se puede apreciar según el Decreto 24-2006 del Congreso de la República, que promulgó la "Ley del día nacional de los Pueblos Indígenas en Guatemala (2006)", donde declara el día 9 de agosto, como el Día Nacional de las Poblaciones Indígenas de Guatemala, donde reconoce en el cuarto considerando de la citada Ley:

> *" Que es necesario reconocer que los Pueblos Indígenas le han dado la profundidad histórica a nuestra identidad y nacionalidad, por lo que estamos obligados como nación a luchar contra la discriminación y la desigualdad que sufre la mayoría de guatemaltecos y lograr así el respeto a sus tradiciones, y a su condición como verdaderos ciudadanos en el pleno ejercicio de sus derechos y obligaciones, y dignificar a estos pueblos que históricamente han estado relegados al margen del desarrollo nacional."*

Por otra parte la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) en adelante la Declaración Universal o simplemente DUDH, regula en el artículo 1 que: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros." Pero resulta que el Estado de Guatemala no ha hecho acopio de los citados derechos, y no ha reconocido la igualdad de derechos a los indígenas, y tampoco les ha dado un trato fraternal.

La Declaración Universal también regula en el artículo 2, que toda persona tiene los derechos y libertades que proclama la citada declaración sin distinciones por raza, idioma, color, sexo, opinión y/o religión, posición económica, por razones de nacimiento y de cualquier otra índole, asimismo que no habrá distinción por condición política.

Los derechos que reconoce la DUDH a las personas en el artículo 2, en muchos casos les son negados a los indígenas. No obstante se debe tomar en consideración que los citados derechos se encuentren en la mayor declaración universal, lo cual constituye un adelanto, ya que favorece a los Pueblos Indígenas en la lucha por sus derechos.

Para continuar el análisis de los derechos que asisten a los Pueblos Indígenas, se examina la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas(2007), la cual es importante, en virtud que reconoce un conjunto de derechos que les atañen directamente a los citados pueblos, misma que en el artículo 1, regula, que:

Los Pueblos Indígenas tienen derecho al disfrute pleno y efectivo de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

Se aprecia el reconocimiento que hace la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el artículo 1, como lo es el disfrute de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, ya que además incluye la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y todas las convenciones internacionales en materia de derechos humanos, con lo cual permite a los integrantes de Pueblos Indígenas iniciar la discusión y el reclamo de sus derechos humanos a todo nivel.

Pero también el artículo 2 de la citada declaración se refiere a la libertad e igualdad de la siguiente manera:

Las personas y los Pueblos Indígenas son libres e iguales a todas las demás personas y pueblos en cuanto a dignidad y derechos y

tienen el derecho a no ser objeto de ninguna discriminación desfavorable fundada, en particular, en su origen o identidad indígenas.

La discriminación desfavorable fundada les perjudica a los pueblos indígenas, en tanto que la discriminación positiva, les favorece, verbigracia, dándoles prioridad en el acceso a la tierra, a diferencia de otras personas que se encuentran en las mismas condiciones, pero que no son indígenas, las cuales tendrían que llenar requisitos adicionales a los no indígenas.

El artículo 3 de la citada declaración regula que: "Los Pueblos Indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural." Por lo que es necesario impulsar el desarrollo de los Pueblos Indígenas, y que ellos mismos propongan las políticas públicas que consideren urgentes, ya que tienen el conocimiento de sus necesidades básicas, teniendo la libertad de organizarse para alcanzar su desarrollo económico, social y cultural.

Por otra parte los artículos 6 y 7 de la misma declaración regulan que, a los citados pueblos les asiste el derecho de vivir en paz, con seguridad y con la garantía de que no serán objeto de genocidio, así como de ningún tipo de violencia en contra de sus habitantes; tampoco serán objeto de etnocidio y genocidio cultural, que sus tierras no serán enajenadas, ni sus recursos naturales, que tampoco serán objeto de traslado con la finalidad de menoscabar sus derechos, y que no serán asimilados o integrados a otras culturas que les sean impuestas legal o administrativamente.

Por lo que la declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas constituye una valiosa proclamación, aunque en mínima parte, ya que debió ser un Convenio Internacional en materia de Derechos Humanos, para vincular a los Estados que conforman la comunidad internacional de naciones y no una declaración, para el reconocimiento y desarrollo de los Pueblos Indígenas, que conviven con otros grupos poblacionales en un mismo territorio, como sucede con los Pueblos Indígenas que habitan el Estado de Guatemala.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989), en adelante el Convenio 169 de la OIT, en el artículo 8, regula que cuando se aplique la legislación nacional a los Pueblos Indígenas, se deberán tomar en consideración sus costumbres y/o su derecho consuetudinario; los citados pueblos tienen derecho a conservar sus costumbres, siempre que no violen derechos humanos fundamentales, reconocidos constitucionalmente o en instrumentos de derechos humanos reconocidos internacionalmente.

El artículo 8 del Convenio, también regula que: "deberá tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario." Lo que no se cumple a cabalidad en el Estado de Guatemala, ya que sus costumbres y derecho consuetudinario, no siempre son respetados y tomados en consideración.

Verbigracia, cuando los indígenas son sometidos a proceso jurisdiccional, por lo general no se realiza en su idioma, y muchos no pueden hablar con claridad el idioma español, ya que no lo comprenden y menos cuando se trata de términos jurídicos, a pesar que se les asigne intérprete, ya que el intérprete supuestamente comprende el idioma indígena, pero no los términos jurídicos. Por lo que no queda claro, que hayan comprendido lo que sucede en el proceso a que son sometidos.

Por otra parte cuando el conocimiento del conflicto se realiza a través del Sistema Jurídico Indígena–Derecho Maya-, es totalmente diferente, porque participan personas de la comunidad que hablan el mismo idioma, y que juzgan de conformidad con sus costumbres, lo que permite un juicio justo, dinámico, totalmente oralizado, sin pena de prisión, ni de muerte. Lo que resuelve inmediatamente el problema social suscitado en la comunidad, en tanto que el proceso jurisdiccional puede durar hasta años, ya que el plazo razonable no es cumplido en la mayoría de los casos.

Por lo que se debe tomar en cuenta el Convenio 169 de la OIT y la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, además de toda la legislación internacional en materia de derechos humanos, que reconocen un conjunto de derechos

humanos que les asisten a las personas indígenas.

Pero aun así la marginación persiste cuando son ignorados, en estudios de exploración y explotación mineras y de empresas hidroeléctricas, ya que si bien el derecho de consulta está contenido –artículo 15- en el Convenio 169 de la OIT, dicha consulta no se aplica en la mayoría de casos; y cuando los indígenas protestan por la explotación y destrucción de sus recursos naturales son criminalizados encarcelados y sometidos a proceso penal, el cual dura demasiado tiempo y por regular no les otorgan medidas sustitutivas.

Por otra parte según sentencia de 28 de febrero de 2013 dentro del expediente 1008-2012, que resolvió el caso de inconstitucionalidad general presentada en contra de la Ley de minería Decreto 48-97 del Congreso de la República, por contravenir los artículos 44, 46, 58, 66, 67 y 149 de la Constitución; y el artículo 6.1.a del Convenio 169 de la OIT, promovida por Juana Del Carmen Tacan Poncio, en su representación como Presidenta de los 48 cantones de municipio y departamento de Totonicapán y demás personas.

En el presente caso los accionantes de la inconstitucionalidad alegaron que el derecho de consulta es un derecho humano fundamental que le asiste a los Pueblos Indígenas, el cual está reconocido por la Constitución Política y positivado por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, quienes también argumentaron que el citado convenio forma parte del bloque de constitucionalidad; que la ley de minería no contiene el derecho de consulta; que esa situación afecta seriamente a los Pueblos Indígenas, en virtud que atenta contra su identidad cultural y contra las tierras de las comunidades indígenas, por lo que consideran que la citada ley de minería es inconstitucional y que riñe con los artículos constitucionales: 58 que se refiere a la identidad cultural; y el 67 que se refiere a la protección a las tierras y a las cooperativas agrícolas indígenas; y que cuando se emitió la ley de minería se les debió consultar a los Pueblos Indígenas, acerca de alguna disposición que protegiera el derecho fundamental de consulta, por lo que también solicitaron que se declare con lugar la acción de inconstitucionalidad general interpuesta en contra de la citada ley.

La Corte de Constitucionalidad declaró sin lugar la acción de inconstitucionalidad promovida por los presentados; y exhortó al Congreso de la República en el sentido que: “sería viable que la función legislativa tuviera apoyo en las adecuadas consultas que le permitan emitir una legislación acorde con las garantías a los derechos y libertades de las indicadas poblaciones, en armonía de la nación guatemalteca.”

La exhortativa que hizo la Corte de Constitucionalidad al Congreso de la República, para que legisle en el caso del derecho de consulta, fue demasiado tímida y bastante ambigua, en virtud que no es acorde con la magnitud de los acontecimientos violentos, que ha generado el incumplimiento del derecho de consulta y la minería en Guatemala, tanto por falta de legislación adecuada, como por falta de cumplimiento al derecho de consulta. Asimismo la Corte afirmó que es incuestionable el derecho de los pueblos a ser consultados, y que en base al principio Pro Homine, dichos pueblos no necesariamente tienen que ser indígenas, lo cual conlleva un reconocimiento, que por el derecho de igualdad pueden tener otras comunidades que no sean indígenas.

Se puede apreciar que la Corte de Constitucionalidad al hacer extensivo el derecho de consulta a pueblos, que “no necesariamente tienen que ser indígenas” está legislando positivamente al hacer extensivo el Derecho de Consulta a pueblos no indígenas, con base en el principio de igualdad.

A continuación se analiza la sentencia del 4 de diciembre de 2013, relacionada con el caso de inconstitucionalidad general que impugnó en forma parcial el artículo 19 del reglamento para realización de consulta municipal a solicitud de vecinos; y también de inconstitucionalidad en forma total del citado reglamento, por lo que se acumularon los expedientes 4639-2012 y 4646-2012, para resolver las inconstitucionalidades presentadas por la Cámara de Industria de Guatemala en una sola sentencia. La Corte realizó un análisis de cada una de las inconstitucionalidades que le fueron presentadas.

Primero: Contra el artículo 19 del citado reglamento, que

supuestamente riñe con los artículo constitucionales: 5º libertad de acción; 125 explotación de recursos naturales no renovables; 134 descentralización y autonomía; 175 jerarquía constitucional de la Constitución; el 64 y 66 del Código Municipal; el 34 inciso d) de la Ley del Organismo Ejecutivo; y el 9 de la Ley del Organismo Judicial; y

Segundo: La inconstitucionalidad total del citado reglamento argumentando que riñe con los artículos constitucionales: 253 al 262 relacionados con la autonomía municipal y con el gobierno municipal y sus recursos económicos; 43 libertad de industria, comercio y trabajo; 44 derechos inherentes a la persona humana; 121 bienes del Estado; 125 explotación de recursos naturales no renovables; 152 poder público; 154 función pública y sujeción a la ley; 194 funciones del ministro; 175 jerarquía constitucional de la Constitución; 34 de la Ley del Organismo Ejecutivo; y los artículos 64 y 66 del Código Municipal. El análisis realizado fue para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del "reglamento para realización de consulta municipal a solicitud de vecinos", para lo cual la Corte decretó provisionalmente la suspensión del citado reglamento, mientras realizaba el estudio de mérito para resolver en definitiva.

Como resultado del estudio la Corte determinó:

"que es incuestionable el derecho de los pueblos a ser consultados, pero que es necesario reforzar el procedimiento adecuado que las instituciones representativas" deben llevar a cabo para efectivizar ese derecho, pudiendo estimar conveniente cualquier método consultivo que permita recoger fielmente las opiniones de los integrantes de la población –que en aplicación del principio Pro Homine no necesariamente tenga que ser identificada como indígenas- cuando presientan que van a ser afectados por una medida legislativa o administrativa (…)."

Como se puede apreciar la sentencia hace referencia a que es incuestionable el derecho de los pueblos a ser consultados, y asimismo que en base al principio Pro Homine dichos pueblos no necesariamente tienen que ser indígenas, lo cual conlleva un reconocimiento que por el derecho

de igualdad pueden tener otras comunidades, ya que en Guatemala también existe población que no es indígena a la cual también le asiste el derecho a ser consultada en casos de exploración y explotación minera, cuando puedan ser afectados por una medida administrativa o legislativa.

También la Corte afirmó que no existe una plataforma que esté consolidada y que de manera legal regule el derecho de los Pueblos Indígenas a ser consultados; que el derecho a ser consultados, no debe entenderse como un derecho de veto de los citados Pueblos Indígenas; que la finalidad del derecho de consulta es la de llegar a acuerdos; y que el sufragio constituye el método adecuado para recibir las opiniones de las comunidades consultadas, pero que se deben observar los principios electorales para que los resultados sean óptimos.

En Guatemala la actividad minera ha generado problemas, en virtud que no se encuentra debidamente reglamentada la consulta a que se refieren los artículos 64 y 65 del Código Municipal (2002), y especialmente porque no se ha desarrollado una ley específica que regule el derecho de consulta que tienen los Pueblos Indígenas de conformidad con el Convenio 169 de la OIT.

Por lo que finalmente la Corte de Constitucionalidad en la sentencia de mérito resolvió: “I) Sin lugar las acciones de inconstitucionalidad general en forma parcial del artículo 19 del “Reglamento para la realización de consulta municipal a solicitud de vecinos.”

Se puede apreciar que las dos acciones de inconstitucionalidad fueron declaradas sin lugar, lo que constituye un paso más en la lucha por el derecho de consulta; y además ha contribuido a paliar los graves conflictos que ha generado la actividad minera inconsulta a los Pueblos Indígenas, a los que se refiere el artículo 6.1 y el 15 del Convenio 169 de la OIT; y de los artículos 64 al 70 del Código Municipal.

Continuando con el derecho de consulta, un caso que merece atención es el relacionado con la explotación minera de oro y plata, conocido como “La Puya”, según el sitio Web Radio Mundo Real (2014),

es un lugar que se encuentra ubicado en:

El límite entre los municipios de San José el Golfo y San Pedro Ayampuc, en las afueras de la Ciudad de Guatemala, donde integrantes de diversas comunidades y organizaciones vienen bloqueando el acceso al proyecto "El Tambor" Progreso VII que lleva adelante la empresa EXMINGUA, mediante concesión de 25 años de duración.

En el caso citado las comunidades cumplieron en marzo del presente año -2014-, dos años de resistencia pacífica en contra de la explotación minera en el lugar, que según, Radio Mundo Real:

"En el acto conmemorativo de los dos años de lucha ininterrumpida se hicieron presentes representantes de las doce comunidades en resistencia de San Juan Sacatepéquez, San Marcos, El Quiché, Costa Sur, Parlamento Xinca, El Estor, Cobán, así como organizaciones sociales, indígenas, campesinas, de mujeres y de Derechos Humanos."

Lo que demuestra que en el aniversario de la resistencia pacífica hubo presencia de personas indígenas, por lo que se deben respetar las leyes y realizar la consulta a las comunidades que podrían resultar afectadas en sus recursos naturales, para evitar problemas como el citado.

Por otra parte, según el periódico Prensa Libre en apoyó al medio ambiente, el Centro de Acción Legal-Ambiental y Social (CALAS), presentó una acción de amparo en contra de la empresa explotadora de minerales ante la Corte Suprema de Justicia, habiendo sido:

Amparada de manera definitiva por la CSJ, la cual determinó que con la autorización del proyecto de explotación minera para la extracción de oro y plata en La Puya se violaron derechos de los pobladores, al no efectuar una consulta popular, para que la población manifestara su apoyo o rechazo a las labores. Por lo que la sentencia sienta un precedente en la lucha contra la minería inconsulta en Guatemala, ya que: "ordenó al Ministerio de Energía y Minas (MEM) anular el expediente identificado como LEXT-054-08, entre esa dependencia y la entidad Exploraciones Mineras de Guatemala (Exmingua), en el cual

consta la autorización para efectuar los trabajos extractivos." En el presente caso se buscó infructuosamente la sentencia, por lo que sólo se tomaron los datos de las fuentes citadas.

Por otra parte la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, Decreto Ley 105-82, ratificada por el Estado de Guatemala, el 30 de noviembre de mil novecientos ochenta y dos, es un instrumento internacional en materia de derechos humanos, que según el artículo 4 busca:

Asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (...).

Por lo que para asegurar los resultados de protección y garantía de igualdad y disfrute de derechos, la convención penaliza la discriminación racial, para lograr en este caso particular, que los Pueblos Indígenas puedan desarrollarse libres de la marginación y discriminación racial, que sufren en parte, por ser: indígenas, no hablar idioma español, por usar traje típico, por ser pobres, por ser mujeres, por su morfología y también por ser ancianos.

De donde resulta que la citada convención constituye una valiosa herramienta y un fundamento legal, que permite a las personas que sufren discriminación racial, accionar judicialmente, la cual tiene jerarquía supraconstitucional, debido al principio de preeminencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) regula en el artículo 1, que todos los pueblos tienen el derecho a la libre autodeterminación, por lo que pueden libremente establecer su condición política, social y cultural con miras a su desarrollo; y que para el logro de sus fines puede libremente disponer de sus riquezas y de sus recursos naturales, y que en ningún caso se les podrá privar a dichos pueblos de sus medios de subsistencia.

Pero el Estado de Guatemala en muchos casos ha otorgado licencias para explotación minera y construcción de hidroeléctricas a empresas nacionales y extranjeras, sin consultar a las comunidades indígenas, para recabar su opinión, y como consecuencia de tales actividades ha resultado la destrucción de los recursos naturales y la contaminación de ríos. Por lo que el Estado ha incumplido con el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y como consecuencia ha impedido disponer de sus riquezas y recursos naturales a los Pueblos Indígenas.

Por otra parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) regula en el artículo 1, que los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades y a garantizarlos de conformidad con la convención, sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión y de cualquier otra índole, incluyendo origen nacional o social, posición económica y cualquier otra condición.

Pero de igual manera que con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos el Estado de Guatemala, también ha irrespetado los derechos humanos contenidos en el artículo 1 de la CADH.

Ahora bien desde la perspectiva constitucional, según Brewer-Carias (2005), “El primer mecanismo interno de protección de los derechos humanos, sin duda, es la declaración expresa de los mismos en los textos constitucionales, como situaciones jurídicas de poder; proceso que se ha venido universalizando y ampliando” (p. 33)

No obstante que la Constitución es el primer mecanismo que protege los derechos humanos a nivel interno, en muchos casos se ve superada, tal y como sucede con el Convenio 169 de la OIT, que reconoce el derecho de consulta a los Pueblos Indígenas en el artículo 15 de la siguiente manera:

"... Los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras."

Por lo que claramente se advierte que el Convenio 169 de la OIT ha superado a la Constitución Política de la República (1986), con relación al derecho de consulta y a otros derechos de los Pueblos Indígenas. Pero también se debe tomar en consideración que la Constitución ha incluido en el bloque de constitucionalidad al citado Convenio, en virtud que al haber sido ratificado por el Estado forma parte de la legislación nacional.

Ahora bien la Constitución Política en el artículo 4º regula el principio de igualdad formal de la manera siguiente:

En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.

Por lo que la Constitución garantiza el derecho a la igualdad, al preceptuar: “En Guatemala todos los seres son libres e iguales en dignidad y derechos.” obviamente está reconociendo a los Pueblos Indígenas. Pero no es tan fácil para los indígenas acceder a la justicia, ya que deben luchar mucho para superar las barreras políticas, económicas, sociales y culturales que los mantienen relegados.

Por otra parte la Constitución Política de la República en el artículo 66 regula la protección a grupos étnicos, y reconoce que Guatemala está conformada por distintos grupos étnicos entre los que incluye a los indígenas de ascendencia maya, a los que reconoce y respeta su forma de vida, tradiciones, organización social, el uso del traje indígena, sus idiomas y dialectos.

Ciertamente Guatemala está conformada por diferentes grupos étnicos, que en el texto constitucional debieron ser denominados “Pueblos Indígenas”, los que han sido mantenidos al margen de la vida nacional o con escaza participación.

Es de hacer notar que el Congreso de la República, ha omitido legislar en favor de los indígenas, tal y como lo manda la Constitución Política de la República en el artículo 70, que preceptúa: “Una ley regulará lo

relativo a las materias de esta sección (Sección Tercera Comunidades indígenas)."

Actualmente existe la ley de Idiomas Mayas Decreto Número 19-2003 del Congreso de la República, que entró en vigencia el 26 de mayo de dos mil tres, la cual según su primer considerando regula:

Que el idioma es una de las bases sobre las cuales se sostiene la cultura de los pueblos, siendo el medio principal para la adquisición, conservación y transmisión de su cosmovisión, valores y costumbres, en el marco de las culturas nacionales y universales que caracteriza a los pueblos mayas, garífuna y xinka.

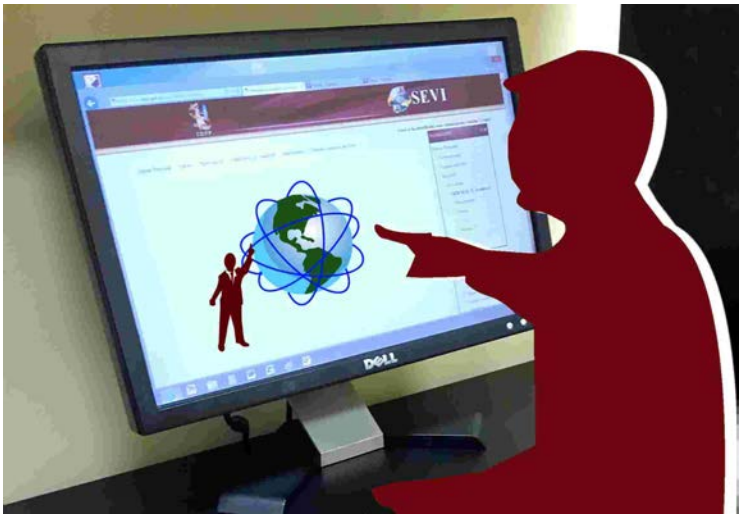
Está bien que exista una ley de idiomas mayas, para la conservación y transmisión de su cosmovisión, valores y costumbres.

Por todo lo relacionado es sumamente necesario tomar en consideración a los Pueblos Indígenas y concederles participación en las políticas públicas, en los planes de gobierno y de nación, para evitar volver al pasado violento, en virtud que existen antecedentes de problemas sociales, como lo fue el conflicto armado interno que vivió Guatemala y que duró por espacio de 36 años, el cual concluyó con la firma de la Paz firme y duradera entre el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, el 29 de diciembre de 1996.

Bibliografía

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de 12 de 1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos. Paris.*
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de 12 de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.* New York.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (13 de 09 de 2007). *Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.* New York.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (s.f.). *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.* Recuperado el 23 de 07 de 2016, de http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx
- Asamblea Nacional Constituyente. (14 de 01 de 1986). *Constitución Política de la República de Guatemala.* Guatemala.
- Congreso de la República de Guatemala. (09 de 05 de 2002). *Código Municipal.* Guatemala.
- Congreso de la República de Guatemala. (09 de 08 de 2006). *Ley del día nacional de los Pueblos Indígenas en Guatemala.* Guatemala.

- Organización de Estados Americanos. (22 de 11 de 1969). *Conveción Americana sobre Derechos Humanos.* San José, Costa Rica.
- Organización Internacional del Trabajo. (27 de 06 de 1989). *Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.* Ginegra, Suiza.
- Periódico Prensa Libre. (s.f.). Recuperado el 18 de 07 de 2016, de CSJ suspende en definitiva mina en La Puya: http://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/csj-suspende-en-definitiva-mina-en-la-puya
- Radio Mundo Real. (14 de 05 de 2014). *Radio Mundo Real.* Recuperado el 22 de 07 de 2016, de http://radiomundoreal.fm/Cronologia-de-una-resistencia-ejemplar



LA IMPORTANCIA DE LA ANDRAGOGÍA EN LA CAPACITACIÓN DE LOS DEFENSORES PÚBLICOS

Dra. María Eugenia Sandoval M. de Paz

La importancia de la andragogía en la capacitación de los defensores públicos

Dra. María Eugenia Sandoval M. de Paz

La andragogía es la disciplina que se ocupa de la educación y el aprendizaje del adulto, el término andragogía procede del griego "ανδροσ" que significa hombre adulto y "γογία" que significa guiar o conducir (Wikipedia). La palabra adulto, etimológicamente proviene de la voz latina adultus, que puede interpretarse como "ha crecido", proceso que sigue a la etapa de la adolescencia. Puede decirse que es una persona que ha llegado a cierto grado de perfección, de madurez o de experiencia. (Adam & Aker, 1982, pag. 8-9, Yturralde, 1996)

El uso del concepto andragogía se remonta al año 1883 cuando el maestro alemán Alexander Kapp lo utilizó por primera vez con el propósito de explicar la teoría educativa de Platón; al no ser generalizado su uso, cae en el olvido.

Posteriormente, Eugen Rosenback, a principios del siglo XX retoma el término para referirse al conjunto de elementos curriculares propios de la educación de adultos, como son: profesores, métodos y filosofía por algunos intentos iniciales de conceptualizar y sistematizar la educación de adultos. La unificación básica sobre educación de adultos se inició, en Europa y en Estados Unidos de Norte América, en forma bastante tardía en comparación con su equivalente en el ámbito de la pedagogía. Es apenas a finales de los años 50 cuando se inician los esfuerzos de sistematización, articulación y difusión de teorías específicas acerca del aprendizaje del adulto; así como de estrategias y métodos capaces de expresarse en términos de una didáctica para un aprendizaje que no es niño ni adolescente: el adulto. (Rosenback, 1920)

Knowles (1970) es considerado el padre de la educación de adultos por elaborar una teoría de la andragogía más acabada. Es considerada como "El arte y la

ciencia de ayudar a adultos a aprender" Alcalá (1997) hace una propuesta más abarcadora y conceptualiza con mayor profundidad su concepción y explica que la praxis andragógica es "Un conjunto de acciones, actividades y tareas que al ser administradas aplicando principios y estrategias andragógica adecuadas, sea posible facilitar el proceso de aprendizaje en el adulto". Puede notarse que cada definición enriquece la idea de que la andragogía es considerada como una disciplina educativa que tiene en cuenta diferentes componentes del individuo, como ente psicológico, biológico y social; una concepción nueva del ser humano como sujeto de su propia historia, cargada de experiencias dentro de un contexto socio cultural. Las definiciones antes expuestas deberían dar pistas de la necesidad imperiosa para conceptualizar la capacitación y el perfeccionamiento, desde la óptica de esta disciplina. (Olivo 2014)

El término se utiliza para referirse a la generalidad de los esfuerzos iniciados por el Instituto de la Defensa Pública Penal –IDPP- para impulsar el aprendizaje, -en este caso- de sus Defensores, es decir comprende el provecho del conocimiento, el fortalecimiento de la voluntad, la disciplina del carácter y la adquisición de todas las habilidades y destrezas requeridas por los Defensores, para alcanzar la eficacia y excelencia en la realización de sus tareas, funciones y responsabilidades, dentro de la Institución, razón por la cual la capacitación se ha ido percibiendo como una herramienta estratégica, y que sin ella cualquier cambio dentro de la Institución sería impensable realizar.

No hay duda alguna que la Internet ha tenido un rol fundamental en la transformación de la capacitación y construcción del conocimiento de los defensores dentro de la Institución. En los últimos años la enseñanza a distancia ha compatibilizado la transmisión de ese conocimiento, posibilitando capacitar a los Defensores ubicados en diferentes regiones de la república, ahorrando valioso tiempo, dinero y recursos.

Para la Institución ha sido importante el capital humano, preocupándose por la necesidad de responder o adelantarse a los cambios constantes y acelerados, con el único afán de ser más competitivos. El IDPP se ha visto

obligado a revisar y readecuar el modo de entender, valorar, planificar y ejecutar las acciones relacionadas con la capacitación.

Actualmente la andragogía considera que la educación no es solamente para niños y adolescentes, por lo que se debe tener presente que la educación es para todos, y que nunca se deja de aprender, porque la misma naturaleza del hombre, permite sin importar que edad se tenga, seguir aprendiendo durante toda la vida (López 2011).

Un Defensor Público genera y acumula *Capital Intelectual*, teniendo la capacidad de transmitir ese conocimiento a otros. La enseñanza a un Defensor Público debe ser objetiva, clara y aplicable en los procesos de la vida laboral cotidiana ya que al contar con una capacitación eficiente, mantiene información confiable, facilitándosele así la aplicación de estos conocimientos al momento de enfrentar un debate oral y público, defendiendo a su patrocinado, y de esta manera va creando una cultura de innovación y va logrando ser competitivo dentro de su gremio.

La razón por la que se justifica la capacitación a los defensores, responde a las condiciones del hombre como individuo, como ser social y como ser económico.

- **Desde el punto de vista individual:** el Defensor siente y tiene necesidad y formula intereses;
- **Desde el punto de vista social:** el defensor no progresa individualmente sino con la ayuda de sus análogos que configuran la vida social;
- **Desde el punto de vista económico:** el defensor interviene en el proceso productivo, material o financiero de su familia.

Es necesario situar el papel del capacitador que orienta su función docente respetando las características del adulto. Bajo ésta idea, el capacitador debe tener una conciencia clara de las necesidades de aprendizaje de los defensores, asumiendo un rol de *facilitador* del aprendizaje, ubicándose como una fuente de conocimientos, experiencias e informaciones, aceptando que el defensor es capaz

de realizar procesos de autoevaluación, promoviendo un clima de aceptación, reconocimiento y participación entre los discentes, procurando un ambiente en el cual el defensor pueda expresarse, rescatar y compartir sus experiencias para favorecer un clima de respeto hacia el logro de objetivos.

Para la capacitación de los defensores, es necesario elaborar módulos ajustados a ellos, que se adapten a sus estilos. La andragogía ofrece una alternativa flexible para aplicar sus principios y lograr métodos de enseñanza-aprendizaje en correspondencia con las necesidades actuales y futuras.

Lo esencial en la andragogía es el conocimiento de los discentes como destinatarios en los procesos de capacitación, para ello se debe tomar en cuenta que ellos estén conscientes, en general, de sus necesidades de capacitación o de actualizar sus conocimientos, habilidades o competencias, a través de la experiencia de vida y el trabajo, lo cual les permitirá valorar y aplicar conocimientos personales a distintos contextos, con base en competencias que necesitan para desarrollar su trabajo, de manera más eficiente y eficaz, al mismo tiempo deberán tener buenas relaciones interpersonales, con sus colegas, discentes y consigo mismo.

Los defensores aprenden lo que necesitan saber para cumplir su papel en la sociedad, y en su contexto laboral, ellos deben tomar la capacitación como un proceso para mejorar su capacidad de resolución de los problemas de sus patrocinados.

Es necesario que la persona a capacitar reconozca la inversión que la Institución hace para capacitarlo.

Dentro de la Unidad de Formación y Capacitación de la Defensa Pública Penal – UNIFOCADEP–, se capacita utilizando un modelo tradicional (Conductista, Cognitivo, Constructivista), según el criterio a desarrollar, es decir, el que los capacitadores conocen y al que han sido sometidos desde niños, y se preocupan por buscar la adaptación para el mejor entendimiento de los defensores, los capacitadores saben que los defensores poseen conocimiento, tienen capacidad de poder emitir opiniones propias, a

través de este aprendizaje se pretende llegar a conocer y resolver los problemas de la Institución, pues, permite que a través de las andragogas, puedan llegar directamente de manera especial y participativa a todos los miembros de la Institución, también, ayuda a tener una mejor aceptación de lo que se pretende entregar a los defensores, logrando un aprendizaje efectivo con resultados medibles tanto en el defensor como en la Institución.

En el campo del aprendizaje de adultos, el andragogo debe ser una persona competente, ya que tiene el compromiso de ser, independientemente de transmisor de información, un agente de cambio, un facilitador, un consultor, un organizador de la actividad formativa en la que el actor principal es el adulto participante, sin dejar de considerar que es igualmente un integrante en este proceso de capacitación continuada. (Yturralde, 1996).

Es importante destacar que la enseñanza a adultos puede ser aprendida y aplicada por todos los niveles de la Institución, desde directores a colaboradores que tienen como uno de sus objetivos, aportar positiva y evidentemente al progreso, competitividad y calidad de vida de todos los que laboran en la Institución, ya que la andragogía se basa en el intercambio de experiencias entre adultos que son portadores de los valores de una misma sociedad.

Es necesario considerar las experiencias previas en los procesos de capacitación, la experiencia sirve como recurso de aprendizaje y como oportuno para relacionar aprendizajes nuevos, ya que las épocas son distintas, no es lo mismo que se capacite a un joven que a un adulto, el interés no es el mismo, y la necesidad es cada vez mayor, la misma sociedad requiere desarrollo y exige adquirir nuevas habilidades, es importante la capacitación para evitar la obsolencia de los conocimientos del personal, y así tener un mejor rendimiento, valiéndose de sus experiencias anteriores el defensor puede relacionarlos con los conocimientos, por medio de los procesos de desequilibración y acomodación.

Hoy por hoy mientras más capacitada esta la persona, logra mejores oportunidades de superarse

dentro del campo laboral, que a la vez le permite tener ventajas competitivas y un mejor nivel de vida. Para Adam la actividad andragógica conduce a que el adulto:

- Aprecie el carácter utilitario que tienen las nuevas experiencias para su vida.
- Transforme las habilidades y destrezas, adquiridas en un momento dado de su experiencia, para extenderlas o aplicarlas a nuevas situaciones.
- Utilice convenientemente el proceso lógico y dialéctico del pensamiento.
- Continúe en su proceso de autorrealización, valorando racionalmente sus propias vivencias y posibilidades intrínsecas.
- Integre positivamente al medio socio-cultural en que vive, su acervo cultural, su experiencia profesional y social.
- Sea consciente de su rol cívico-político y participe responsablemente en la solución de los problemas nacionales e internacionales.

La andragogía es una disciplina pedagógica necesaria para nuestros tiempos. Su importancia ha ido creciendo, de tal manera que la educación de los adultos no es una moda, es un modo que ayuda a construir una sociedad más sólida (López 2011).

Los defensores nunca dejan de aprender, sin embargo en esta época donde el trabajo que realizan es cada vez más especializado, es necesario hacerlos capaces de tareas especializadas, y es de esa necesidad de ser capaces de donde surge la capacitación, la naturaleza del hombre indica que puede continuar aprendiendo durante toda su vida. La evidencia científica demuestra que tiene capacidad para hacerlo, es por eso que la UNIFOCADEP brinda siempre la oportunidad de implementar capacitaciones de temas actuales para obtener resultados y beneficios tanto para el personal, como para la Institución, lo que redunda en una Guatemala mejor.

Se comenta mucho entre las instituciones relacionadas con la justicia, que la capacitación que brinda la Unidad de Capacitación del Instituto de la Defensa Pública

Penal, es muy buena, y podría ser esta mejor si, los defensores aprovecharan al máximo estas capacitaciones que la Institución les otorga.

UNIFOCADEP, proyecta la capacitación no como una carga más sino como una oportunidad de mejorar y ampliar los conocimientos. A través de la andragogía se pueden comprender los beneficios y ventajas que brinda la capacitación, es por ello que la Directora del IDPP se preocupa por mantener un programa de capacitación continuo en todas las sedes.

Los capacitadores saben que el acto andragógico centra su acción sobre el adulto, por tanto debería tener un carácter propositivo, debido a que el adulto es consciente y responsable de sus actos y frente a los contenidos propuestos, tiende a deliberar y cuestionarlos contrastándolos con sus experiencias y conocimientos anteriores, por eso el acto andragógico será siempre voluntario, ya que el adulto, aun siendo obligado a asistir o participar de actividades de capacitación, tiene la facultad para decidir sobre su educación o capacitación.

Dicho de otra manera, el defensor asistirá a las capacitaciones pero, su mente estará en otra parte, y si no tiene oportunidad de participar, todo lo que se haga será en vano.

Fundamentos filosóficos que impulsan la capacitación.

Con el fin de motivar y que puedan tomar la capacitación como un medio de desarrollo personal:

1. El desarrollo de la Institución se sustenta en el desarrollo de todo el personal.

2. Se capacita, para ser los mejores en lo que se hace, que todo lo que se haga bien a la primera vez y siempre.

3. En lugar de amonestar a los empleados por cometer errores, se les capacita para que no los repitan.

"Nada es más terrible que la ignorancia en acción"

Johann Wolfang Von Goethe

Bibliografía

- Adam, E. (2001) Teoría Sinérgica del Aprendizaje en la Educación Superior. II Jornada de Investigación. “Encuentro con la Educación”. Calabozo, Venezuela: Universidad Rómulo Gallegos.
- Adam F.; Aker, G. (1982) Factores en el Aprendizaje y la instrucción de Adultos. Instituto Internacional de Andragogía. Caracas, Venezuela: IIA. F 1367
- Caraballo, R. (2007) La Andragogía en la Educación Superior. Investigación de Postgrado. Caracas Venezuela: Universidad Pedagógica Experimental Libertador.

Referencias Consultadas

- Ayala, M. (2011) El hecho andragógico en la era dela información y el conocimiento. Tesis. Quezaltenango, Guatemala: Universidad Panamericana.
- Calderón Córdova, H. 1995. Manual para la administración del proceso de capacitación de personal. Editorial Limusa, S.A. de C.V. Grupo Noriega Editores, México, D.F.

E-Grafías Consultadas

- Yturralde E. (1996) Andragogía de http://www.yturralde.com/andragogia.htm

EL DELITO DE PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVAS, EN EL CASO DE AGENTES DE SEGURIDAD PRIVADA

M.A. Luis Enrique Quiñónez Zeta

El delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, en el caso de agentes de seguridad privada

M.A. Luis Enrique Quiñónez Zeta

El Decreto 15-2009 del Congreso de la República, Ley de Armas y Municiones, inicia su vigencia en el mes de abril del año dos mil nueve,[1] a mi parecer, como consecuencia que, en los medios masivos de comunicación se elaboró una creciente promoción respecto a problemas de seguridad, como resultado de un considerable aumento de delitos efectuados con el uso de armas, tales como robos y secuestros, lo que presentó a las víctimas en agentes mediáticos que buscaron lograr un cambio inmediato a esa situación a través de reformas a la ley penal, básicamente a partir del aumento de las penas en ciertos delitos.[2]

Uno de los elementos que destacan en el Decreto 15-2009 es el que se desarrolla en el Título VI que se refiere a los delitos, faltas, penas y sanciones, siendo el referido a la desproporción en las sanciones, puesto que en comparación con la ley derogada, las penas se aumentan hasta en un trescientos por ciento, especialmente en lo referido a las penas de prisión. De esa cuenta en lo que se refiere al delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, se indica que: "El responsable de este delito será sancionado con prisión de ocho (8) a diez (10) años inconmutables y comiso de las armas."

La portación ilegal de arma de fuego de uso civil constituye un delito de peligro abstracto, caracterizado no por la producción de un resultado de peligro, como en los delitos de peligro concreto, sino por una

---

1 Publicado en el Diario de Centro América el día Martes 21 de Abril del año 2009. Numero 69, Tomo CCLXXXVI. Pág. 1 a la 12; entro en vigencia ocho días de su publicación (29-04-2009).

2 Como ejemplo el tomo 3, Marzo 2009; análisis mensual, ASIES.

peligrosidad reconocida mediante un juicio ex ante como generalización del efecto externo determinado por la clase de conducta establecida mediante el desvalor de la acción cuya limitación aparece sólo desde el bien jurídico tutelado.[3] Lo que torna peligrosa esta conducta es la posibilidad de preparación de un delito, o la creación de oportunidades para cometerlo, dado que, ya como surge del elemento normativo, autorización que contiene el tipo en estudio, el Estado tiende a prohibir el libre tráfico de armas.

El legislador sólo ha establecido para la comisión del delito de portación ilegal de armas de uso civil que el sujeto activo porte ilegítimamente un arma de las características que especifican el artículo 9o. del Decreto 15-2009, el cual para los efectos del presente análisis deberá ser contrastado con lo descrito por el artículo 79, del Decreto en análisis, el cual indica que:

"Las empresas de seguridad privada, legalmente autorizadas podrán utilizar armas de fuego de uso civil, salvo lo dispuesto en el artículo 71 de la presente ley. Para el efecto, el representante legal de la empresa podrá solicitar una licencia especial de portación. Las empresas de seguridad privada deberán cumplir los requisitos siguientes:" ...**c**. Presentar la nómina de personal, la que deberá llenar todos los requisitos que establece la presente Ley para portación de arma de fuego: **d**. Indicar el personal que efectivamente utilizará las armas, que en todos los casos deberá llenar los requisitos que establece la presente ley para la licencia de portación; **e**. El personal de la empresa de seguridad que porte el arma de fuego, acreditará su portación mediante credencial extendida por la DIGECAM; **f.** Las armas y municiones solamente podrán emplearse durante la realización de las funciones propias del servicio de seguridad que se preste, o en el marco de la practica y capacitación de su personal; **g**. Las armas solamente podrán ser utilizadas por el personal

[3]Mir Puig, Santiago. Derecho Penal, Parte General. Editorial PPU, promociones y publicaciones Universitarias, S.A., Tercera edición, Barcelona 1990. Pág. 222 y ss

acreditado por la DIGECAM; **h**. Las armas de fuego únicamente podrán portarse en el ámbito físico y durante el tiempo del desempeño efectivo de la función que así lo requiera; **i.** Las armas de fuego y la munición deberá permanecer en el lugar de resguardo de la prestadora de servicios de seguridad, y solo serán retirados por razón del servicio y con medidas de seguridad, debiendo reintegrarse al establecimiento al termino de la función. **J.** Los agentes de seguridad privada, en el cumplimiento de sus funciones, deberán estar debidamente uniformados, con su gafete visible conteniendo información personal, la licencia que acredita el número de registro del arma que porte y nombre de la empresa empleadora…"

- La portación ilegal de arma de fuego de uso civil, sin autorización Estatal, como delito de peligro

En este plano, resta quizás advertir que bajo el actual régimen legal, los requisitos típicos que son propios del delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil, al que hemos hecho referencia, alcanzan al personal de las empresas de seguridad privada cuando no se cumple con lo referido en el artículo 79 del Decreto 15-2009, ya descrito. El personal de las empresas de seguridad privada, en el desempeño de sus funciones satisfacen la legitimidad de la portación de arma de fuego de uso civil con una credencial extendida por la DIGECAM, lo que traslada la responsabilidad de no tener la credencial a la empresa de seguridad privada.

Así entonces, según las concretas circunstancias de tiempo, modo y lugar relativas a la conducta del caso concreto, teniendo en consideración el resultado de lo que para el efecto regula el artículo 79 del Decreto 15-2009, en los delitos de peligro abstracto es el legislador quien, en el marco del principio de legalidad, determina ex ante si una conducta es peligrosa y con ello prevé la producción del daño a un bien, basándose en un juicio verosímil, formulado sobre una situación de hecho objetiva y de acuerdo con criterios y normas de experiencia.

Esta última norma en relación, sitúa al personal de las empresas de seguridad, en una posición distinta al ciudadano común, que porta armas de uso civil sin la licencia que lo acredite legalmente para portarla, puesto que el dominio y control de la situación le es dada a las empresas privadas de seguridad, no sólo en cuanto a la obtención de las credenciales que habilitarían a su personal de seguridad a portar el arma de fuego de uso civil, sino que también, a salvar su responsabilidad, cuando las armas fueran usadas, fuera del ámbito físico y tiempo del desempeño de la función del personal de seguridad, entendiendo que dicho desempeño debe contar con las normas de control en cuanto a la recepción y entrega del arma, y las distinciones que la empresa imponga en cuanto al uso de insignias, y uniformes que en todo caso deberán ser obligatorias para el desempeño de la función.

El cumplimiento de las funciones administrativas de la empresa privada de seguridad habilita al personal de seguridad privada a mantener el arma en su poder, transportarla descargada y separada de sus municiones y usarla con fines lícitos. Es válida en todo el territorio de la república, acompañada por el documento que la empresa de seguridad, entiendo esta obligada a gestionar.

Del análisis de las disposiciones mencionadas, surge sin esfuerzo, que la diferencia entre el personal de la empresa de seguridad privada y el ciudadano común, en mi opinión, radica en la posibilidad, para el que desempeña una función de seguridad privada, en cuanto a que es la empresa la que deberá gestionar y proveer la credencial que los habilita a portar el arma de fuego de uso civil bajo las condiciones que para estos agentes esta dada en la misma norma de relación. En cambio, en relación a los segundos, solo pueden portar el arma de fuego de uso civil, cuando se gestione por cuenta propia la licencia de portación de arma de fuego de uso civil que legitima esta acción.

Estas dos referencias significan que de acuerdo a las definiciones

de las normas vigentes, ya citadas, puede concluirse que el personal de las empresas de seguridad privada, cuentan con habilitación, credencial, extendida por la DIGECAM, que los habilita a portar el arma de fuego bajo las condiciones que establece el artículo 79 del Decreto 15-2009, lo que refiere que no se trata de la licencia de portación de arma de fuego de uso civil que se extiende al ciudadano común, y que lógicamente no tendría las limitaciones de control, que establece el artículo citado.

Santiago Mir Puig refiriéndose a la relación de éste tipo de delitos con el bien jurídico, señala que los delitos de peligro se dividen en concreto y abstracto. En lo atinente a éstos últimos, enfatiza que no es preciso que en el caso concreto la acción cree un peligro efectivo, sólo serían delitos de peligro en el sentido de que la razón de su castigo es que normalmente suponen un peligro.

Acertadamente añade que hoy se discute que persista la tipicidad en los delitos de peligro abstracto en el caso extremo de que se pruebe que se había excluido de antemano todo peligro. Si la razón del castigo de todo delito de peligro (sea abstracto o concreto) es su peligrosidad, siempre deberá exigirse que no desaparezca en ellos todo peligro, en los delitos de peligro abstracto no se exige tal resultado de proximidad de una lesión, de un bien jurídico concreto, sino que basta la peligrosidad de la conducta, peligrosidad que se supone inherente a la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluido de antemano.[4]

Lo que torna peligrosa esta conducta, es la posibilidad de preparación de un delito o la creación de oportunidades para cometerlo, dado que, ya como surge del elemento normativo “autorización” que contiene el tipo en estudio, el Estado tiende a prohibir el libre tráfico de las mismas. El legislador sólo ha establecido para la comisión del delito de portación de armas de fuego de uso civil, que el sujeto activo detente ilegítimamente un

[4] Idem

arma de esas características, sin embargo, a mi parecer, regula un régimen especial de portación de armas de fuego de uso civil, para el personal de las empresas de seguridad privada, según hemos estudiado en el artículo 79 del Decreto 15-2009.

Desde esta perspectiva el grado de potencialidad lesiva de la acción típica del delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil, sólo puede alcanzar al personal de las empresas de seguridad privada, cuando no actúen en cuidado de las prescripciones del artículo 79 del Decreto 15-2009, es el propio Estado que estableció un programa de alcance nacional que forma parte de una política integral de control y prevención de la violencia armada, que incluye medidas de control del mercado legal y medidas de persecución del mercado ilegal de las armas de fuego. Dicho plan tiene como objetivos:

- La disminución del uso y proliferación de armas de fuego y municiones.

- La reducción de accidentes y hechos de violencia ocasionados por el acceso y uso de armas de fuego.

- La sensibilización acerca de los riesgos del uso de armas.

- La promoción de una cultura de no violencia y resolución pacífica de conflictos que desaliente la portación y uso de armas de fuego.

Autores como Muñoz Conde, acertadamente señalan que “el peligro es un concepto también normativo en la medida en que descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión de hecho no se produzca. El juicio de peligro es, pues, un juicio ex ante que se emite situándose el juzgador en el momento en que se realizó la acción.

Para establecer si la acción realizada era peligrosa para un bien jurídico, es decir, si era probable que produjera su lesión, es preciso que el juzgador conozca la situación de hecho en

la que se realiza la acción que está enjuiciando, y que conozca las leyes de la naturaleza y las reglas de la experiencia por las que se puede deducir que esa acción, realizada en esa forma y circunstancias, puede producir generalmente la lesión de un bien jurídico"[5]

Ahora bien, qué ocurre cuando las empresas de seguridad privada reclutan personal del area rural, con escasa formación académica, y que han formado parte de las filas del ejercito nacional, lo que los hace candidatos a formar parte de las nóminas de las empresas de seguridad, y que cumpliendo con un horario de trabajo, portan como parte de su equipo laboral un arma de fuego de uso civil, pero sin la credencial extendida por la DIGECAM. Según mi particular consideración, no sobrepasará la eventual contravención y nunca se verá afectado el bien jurídico seguridad común, no pudiendo constituir la acción típica prevista por el artículo 123 del Decreto 15-2009, sino que en este caso se vera afectada la obligación que las Empresas de seguridad privada tienen de gestionar la credencial para que su personal porte armas de fuego de uso civil durante sus funciones, lo que equivale a una contravención administrativa.

Avanzando aún más y teniendo siempre presente todo lo referido al bien jurídico protegido, especialmente que debe admitirse la prueba en contrario, no soslayo que puedan darse situaciones especiales en relación a la portación de armas de fuego de uso civil por parte de portadores ilegítimos, (atento a la falta de autorización administrativa) pero que las circunstancias señalen afectación del bien jurídico de seguridad común.

- El principio de legalidad y la obligación de las Empresas de seguridad privada respecto al trámite de las credenciales que legitimen la portación de arma de fuego por parte de su personal de seguridad.

El principio de legalidad constituye, a un tiempo, una de las históricas conquistas del

[5] Francisco Muñoz Conde, García Arán Mercedes. Derecho Penal, Parte General. Editorial Tirant lo Blanch, Segunda Edición. Valencia, 1996. Pág. 320 y ss.

derecho penal moderno y uno de los pilares fundamentales del Estado liberal de Derecho. En versión abreviada, se le conoce a través del clásico postulado del "nullum crimen, nulla poena, sine lege", aunque de manera analítica se expresa como "nullum crimen sine lege scripta, praevia, certa et stricta".

Esta fórmula integral, a su vez, podría ser fragmentada en las siguientes proposiciones: "lex scripta", que exige que la ley penal deberá estar escrita; "lex praevia", impide la retroactividad de las normas jurídico penales, a menos que fueran más benignas; "lex certa", impone deberes de claridad, concisión y justeza a la producción legislativa; y "lex stricta", proscribe la aplicación analógica, excepto la analogía "in bonam partem".

Merced al principio de legalidad, en síntesis, las personas obtenemos el fundamento especial de confianza para autodeterminar nuestras conductas, obrando conforme a derecho, de manera tal de evitar la punición que debería ser la consecuencia de haber actuado dentro del ámbito de "lo prohibido", siempre que éste venga acompañado de una amenaza sancionatoria.

Así concebidas, "las reglas del derecho tienen que ofrecer a cada uno la posibilidad de contar con una reacción uniforme y predecible en relación con tipos de conductas determinados que, así, puede ser incluida en el cálculo de la propia acción. Y para ello es de primordial importancia que el contenido de la prescripción, es decir, lo que está prohibido o es obligatorio, sea definido y descrito en la norma con la máxima precisión posible pero con una formulación genérica. Esto es una exigencia particularmente importante cuando se trata de normas jurídicas que van acompañadas de sanciones graves, como lo son las penales."[6]

El principio general de que no puede existir ninguna conducta ilícita que no esté antes precisamente formulada como tal

[6] Laporta, Francisco J., El imperio de la ley, una visión actual. Editorial Trotta, Madrid 2007. Pág. 87

en el contenido de una norma jurídica es uno de los elementos básicos del ideal del imperio de la ley aplicado al ámbito del derecho sancionatorio, y muy particularmente del derecho penal: 'Nullum crimen sine lege'. El imperio de la ley no tolera que exista una conducta delictiva sin una previa ley que la defina claramente como tal. Esto es lo que se denomina arquetípicamente principio de legalidad penal" [7]

Para limitar efectivamente al poder punitivo Estatal, el principio de legalidad debe conllevar al de máxima taxatividad legal e interpretativa, pues si, por una parte, se trata de "exigir al legislador que agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra", con lo cual "no basta que la criminalización primaria se formalice en una ley, sino que la misma debe hacerse en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible, conforme al principio de máxima taxatividad legal"[8], por otro lado, la estricta vigencia del principio reclama de los jueces la aplicación de la ley penal acorde al criterio de interpretación restrictiva, es decir, cuando "dentro del alcance semántico de las palabras legales puede haber un sentido más amplio para la criminalización o uno más limitado o restrictivo. Las dudas interpretativas de esta naturaleza deben ser resueltas en la forma más limitativa de la criminalización"[9]

En este sentido, el Estado de Derecho no es compatible con cualquier significado del derecho penal, sino sólo con aquel que sea capaz de armonizarse con el principio de mínima intervención, de tal forma que la conminación y el castigo penal queden reservados para los ataques graves a las normas de la convivencia social y en tanto no pueden ser eficazmente controlados por otros medios menos traumáticos. Este es precisamente el caso de excepción, según mi particular

[7] Idem

[8] Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro W., Derecho penal, Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires Argentina, Pág. 110 y ss

[9] Idem

consideración, que pone de relieve el artículo 79 del Decreto 15-2009, en cuanto a la aplicación de la descripción del artículo 123 del mismo cuerpo legal, cuando el personal de las empresas de seguridad privada son detenidos e imputados por el hecho de no contar con licencia de portación de arma de fuego de uso civil extendida por la DIGECAM, ajustándose en lo demás a las disposiciones del citado artículo 79 del Decreto 15-2009, siendo el caso que para la función que realizan, esta ultima norma, exige únicamente una credencial que deberá ser gestionada por la empresa de seguridad privada, y en todo caso su ausencia es imputable a la empresa.

Ajustados al principio de legalidad, la norma del artículo 79 del Decreto 15-2009, fija un caso de excepción en la portación de arma de fuego de uso civil en el caso del personal de las empresas de seguridad privada, el texto vigente del artículo 123[10] Decreto 15-2009, no es aplicable, además, porque se aumentaron las penas para la portación de armas de fuego de uso civil, con injustificable ligereza, dirigidas a mitigar el problema de la violencia social y la inseguridad pública, aunque tuvieron alcances en sentido contrario. En cualquier caso, no está de más recordar que la sucesión de leyes penales dictadas al influjo de las situaciones de emergencia, como respuesta política del Congreso de la República a los incesantes reclamos sociales, con clamorosa repercusión mediática, termina provocando un malsano estado de inestabilidad del sistema jurídico, pues la permanente mutación que se opera bajo el frenesí de la proliferación legislativa, puede condicionar gravemente la autonomía personal en violación al principio de reserva de ley.

Por lo anterior expuesto concluyo en que el Decreto 15-2009, es emitido como consecuencia de movimientos sociales, promovidos a partir de un discurso de seguridad pública, que tiene como consecuencia

10 "Comete el delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivas, quien sin licencia de la DIGECAM o sin estar autorizado legalmente porte arma de fuego de las clasificadas en esta ley como de uso civil, deportiva o de ambas clases."

que el legislador guatemalteco aumente hasta en un trescientos por ciento las sanciones para el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil.

Que el delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil, se presenta en la legislación guatemalteca como un delito de peligro abstracto, que tiene como caso de excepción para su aplicación, al personal de las empresas de seguridad privada cuando se ajustan a los supuestos del artículo 79 del Decreto 15-2009.

En el caso del personal de las empresas de seguridad privada que son imputados por el delito de portación ilegal de arma de fuego, cuando no presentan licencia de portación de arma de fuego de uso civil extendida por la DIGECAM, no es aplicable el artículo 123 del Decreto 15-2009, como resultado del principio de legalidad y lesividad.

Bibliografía

- Laporta, Francisco J., El imperio de la ley, una visión actual. Editorial Trotta, Madrid 2007.
- Mir Puig, Santiago. Derecho Penal, Parte General. Editorial PPU, promociones y publicaciones Universitarias, S.A., Tercera edición, Barcelona 1990.
- Muñoz Conde, Francisco; García Arán Mercedes. Derecho Penal, Parte General. Editorial Tirant lo Blanch, Segunda Edición. Valencia, 1996.
- Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro W., Derecho penal, Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires Argentina

Leyes consultadas

- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal.
- Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, Código Procesal Penal.
- Decreto 15-2009 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Armas y Municiones.

ANTINOMIAS SILENCIOS CONSTITUCIONALES

Dra. Gloria Edith Ochoa Zetino

Antinomias silencios constitucionales

Dra. Gloria Edith Ochoa Zetino

Tiempo atrás en la mitología griega, en su voluntad didáctica de explicar las realidades a través de sus dioses y sus héroes nos lo enseña con la historia de Aquiles, el principal héroe de la Guerra de Troya. Su madre, una ninfa marina llamada Tesis, lo sumergió al nacer en el rio Estigia, con el comprensible deseo materno de hacerlo inmortal, y por tanto invulnerable.

Pero la madre tuvo que sostener al bebé del talón al sumergirlo, para que no pereciese ahogado, y ese talón, no tocado por las aguas del Estigia, permaneció tan vulnerable como el de cualquier otro mortal. Muchos años después, una flecha envenenada lanzada por el príncipe Paris ante las puertas de Troya, y certeramente dirigida por el dios Apolo, laceró el talón del invulnerable héroe y, contra todo pronóstico y a despecho del cuidado maternal, le haría caer en los brazos de Hades. Así pues todo ser humano es vulnerable porque tal característica es intrínseca a la naturaleza mortal, si bien la vulnerabilidad no tiene por qué abordarse en negativo, puesto que la misma nos habla de nuestra capacidad para reaccionar, resistir y recuperarnos de una herida, de una lesión física o moral. Así, quienes son vulnerables –esto es todos- lo somos en distinto grado, dependiendo de nuestra capacidad de resistencia frente a las afrentas de que somos objeto. Por eso la noción de vulnerabilidad nos lleva rápidamente a pensar en la igualdad en la diferencia, porque no todos tenemos idéntica capacidad de resistencia, porque no todos somos igualmente vulnerables, porque podemos identificar con facilidad características que hacen de unas personas, de unos grupos, elementos más vulnerables.

Desde esta perspectiva hemos detectado en la Coordinación de Derechos Humanos las necesidades especiales de ciertos defendidos nuestros quienes tienen un estado particularmente vulnerable enfrentando un proceso penal, a

saber, defendidos con necesidades de cuidado de la salud mental; recluso con discapacidades; minorías étnicas y raciales e indígenas; reclusos extranjeros; reclusos homosexuales, bisexuales y transexuales; reclusos de la tercera edad; reclusos con enfermedades terminales. Las contradicciones, silencios y vacíos que se presentan actualmente en la Constitución sobre estos grupos vulnerables; la forma antimetódica actual con la cual los operadores de justicia resuelven esas contradicciones; la paulatina descodificación o desmembramiento de las normas fundantes; y los conflictos políticos que se dan entre el legislador que crea esas normas, y el Poder Judicial que las interpreta en sus resoluciones judiciales, corresponde a las llamadas antinomias derivado del silencio constitucional.

Se conoce como antinomia la contradicción, oposición real o aparente entre dos leyes, principios, ideas, palabras, fenómenos, entre otros. La palabra antinomia es de origen griego antinomia, formada por el prefijo -anti- que significa contra, nomos que expresa leyes, y el sufijo -ia- que significa cualidad. La antinomia jurídica o legal, se observa por la contradicción de dos leyes, y esto se da cuando dos normas jurídicas imputan un mismo supuesto jurídico, logrando un mismo ámbito de aplicabilidad, y representando un problema de eficacia y de seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico.

Hans Kelsen sostiene que los ordenamientos jurídicos son fundamentalmente sistemas dinámicos.[1] La norma de cuyo contenido se derivan las restantes normas, en este caso visto desde lo particular a lo universal, reviste un fundamento de validez, como también en cuanto a su contenido válido, sólo puede ser considerada norma fundante básica cuando su contenido es aceptado como inmediatamente evidente la Antinomia en este caso opera sólo relacionada a el fundamento de validez, pero no el contenido válido de las normas en ellas fundadas. Así las antinomias prevalecen en un sistema dinámico de normas. Cabe agregar que las antinomias pertenecen al pensamiento

[1] Kelsen Hans Teoría Pura del Derecho Editorial Porrua México, 1995. Pág. 6

sistemático ya que presupone la idea de un sistema de que este tiene coherencia interna. Todo ordenamiento jurídico persigue un mínimo de coherencia, y por tanto no tolera las antinomias.

Habermas[2] opina que con esta tensión entre fácticidad y validez tiene que contar toda sociología que sea consciente de la circunstancia de que sólo puede abrirse camino hacia su ámbito de conocimiento a través de una comprensión hermenéutica del sentido y alcance de la norma.

Desde esta perspectiva la antinomia reflejada del artículo 4 de la Constitución Política de la República impone que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma; para que el mismo rebase un significado puramente formal y sea realmente efectivo, se impone también que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme sus diferencias (...)"[3] esta forma salvaguarda la igualdad constitucional que opera en el enfoque de género por ejemplo, cuando se consideran naturales los actos de agresión y discriminación contra la mujer, como varias veces lo hemos detectado en nuestros procesos. La discriminación aumenta si además de ser mujer se comparte otra característica estigmatizada socialmente, como el origen étnico, la precariedad económica, la orientación sexual, agravándose esas condicionantes cuando transgrede del papel asignado por la sociedad a la mujer al haber cometido un delito y ser recluida en un establecimiento penitenciario, enfrentar un proceso penal viciado de discriminación, estigmatización, abandono, indefensión material, abuso y atropellos que sufren las mujeres además de la privación de libertad, es sin duda alguna la reproducción de lo que viven las mujeres en mayor o menor intensidad en los espacios públicos y privados del que no se escapa la mujer cuando enfrenta un proceso penal.

La antinomia opera desde el enfoque de género por ejemplo en la interpretación que hizo el Tribunal de sentencia del Departamento de

[2] Habermas, JurgeFácticidad y validez, Madrid Trotta 1998 p. 94

[3] Gaceta No. 24; Expediente No. 141-92. p.14; Sentencia 16-06-92; Corte de Constitucionalidad.

Escuintla en la causa penal C-5005-2009-00588 of. 5to. al fallar, en el párrafo que literalmente dice: “V) DE LA EXISTENCIA DE DELITO," páginas veintinueve y treinta(29-30) pronunciándose de este modo: “…Dentro del desarrollo del juicio quedó demostrada la existencia del delito por la propia declaración de la acusada que además se corrobora con los demás elementos de prueba producidos en el desarrollo del debate, como lo son el peritaje médico-legal del forense, por lo que deviene como punto toral, establecer si hay o no responsabilidad por parte de la acusada en cuanto a ello nosotros como miembros del Tribunal y también de la sociedad, consideramos que los hechos de violencia en el ámbito familiar, han llegado a trascender los límites y muestra de ello, es que el Estado se ha visto en la imperiosa necesidad de establecer penas más severas, tanto para los hombres agresores, nuevas leyes que pretenden prevenir los ilícitos de esta clase, en el ámbito familiar y por ello surgen leyes como la Ley de Femicidio, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, mediante las cuales se pretende regular la conducta del agresor y la violencia contra la mujer, con esta tendencia, automáticamente se está tratando de demostrar que la violencia familiar debe parar, por lo que para el caso concreto que nos atañe conocer, siendo este la otra cara de la moneda, estamos dándonos cuenta que a la persona a la que se le imputa la comisión del ilícito penal es un (sic) mujer y que el agraviado es un hombre, que fallece por una acción agresiva en su contra, en este sentido basado en el derecho de igualdad, podríamos establecer que tampoco, sería tolerable el hecho de aceptar la violencia en contra de hombres, personas avanzadas de edad o personas menores de edad, en la que el actor sea una mujer, porque entonces estaríamos entrando en un círculo vicioso y en discriminación, en donde se permite a una persona agredir a otra, pero por ser mujer, se diría que los cúmulos de tensión, facultarían para que un nivel de estrés, pueda manifestarse que reacciona por un miedo invencible o en legítima defensa, como lo hace la defensa en este caso, para (sic) los juzgadores esa acumulación de tensión, que provocará en determinado momento la idea mental, de que ella se defendiera legítimamente, porque ella tenía

miedo de esa agresión con machete, que aduce por parte del fallecido no se demostró, que en dicho lugar el fallecido tuviera machete o que la haya agredido; como consta lo referido a los agentes, por parte de la acusada, en la cual expuso que ella utilizó un cuchillo y se defendió aunque materialmente no está dicho cuchillo en la escena del crimen….”[4] De lo anterior, Norberto Bobbio afirma que “el derecho no admite antinomias”, entendiendo por antinomia, propiamente hablando, aquella situación en la que se dan normas incompatibles entre, que pertenecen a un mismo ordenamiento y tienen un mismo ámbito de validez.

Para resolver las antinomias acude entonces a ciertos criterios tradicionales, entre los cuales menciona el cronológico, el jerárquico y el de especialidad. Sostiene enseguida, que tratándose de normas del mismo nivel, es decir del mismo rango en la escala normativa y contemporánea como las que enuncia el juzgador en la que ninguna es posterior a la otra, con igual grado de generalidad, debe admitirse que ambas tienen igual validez, en el sentido de que ambas están válidamente incorporadas al sistema; Empero, las tres leyes que cita el tribunal sentenciador, ley de femicidio, ley de violencia intrafamiliar y la ley penal no pueden ser contemporáneamente eficaces, es decir, no pueden ser aplicadas simultáneamente. En este caso, y sólo en este, la coherencia no sería condición de eficacia sino de validez, Norberto Bobbio[5] llama a este tipo de antinomias, antinomias insolubles.

El fallo en sí denota la labor de interpretación que inobserva el criterio de armonización ponderando los distintos principios constitucionales implicados en el contexto de la mujer sindicada de parricidio por la muerte de su conviviente actuando en defensa de su vida en un contexto de violencia intrafamiliar, ante la ausencia de la seguridad estatal. Ello deriva en la necesidad de maximizar la efectividad de las normas que giran en torno a este caso al momento de interpretarlas. Se debe entender por ponderar, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española de

[4] Proceso penal Causa 5005-2009009588 of. 5 to del Tribunal de Sentencia del departamento de Escuintla

[5] Bobbio Norberto Igualdad y libertad, ediciones Paídos, Barcelona 1993 Pág. 66

la Lengua Española, entre otras cosas, “contrapesar o equilibrar”. Y justamente eso es lo que el juzgador no hizo. No fijó cuál es la interpretación de las normas acusadas, que permita que al ser aplicadas se equilibre y armonice la aplicación de todos los principios constitucionales implicados en ellas.

La armonización de los distintos principios constitucionales que están en juego en este caso, en el momento de aplicar las normas acusadas implica necesariamente hacer operantes los principios de igualdad, no discriminación por el orden familiar, dignidad, libertad de conciencia y respeto a la intimidad y unidad familiar en el contexto de la mujer. En este caso aparecen dos situaciones que pueden enfrentarse: a) el Derecho determina unívocamente qué debe hacer el juez; b) el Derecho no determina unívocamente qué debe hacer el juez. Esto último -siguiendo a Bulygin- puede ocurrir por tres motivos: 1) el Derecho no resuelve el caso genérico porque no hay ninguna norma que se refiera a ese caso (laguna normativa), 2) el Derecho resuelve el caso genérico de forma inconsistente, mediante dos o más normas incompatibles (antinomia), 3) aunque el caso genérico esté solucionado, no es posible subsumir el caso individual en ese caso genérico, debido a la vaguedad o textura abierta de los conceptos que caracterizan el caso genérico. En este último opera el silencio constitucional y surge cuando el caso se encuentra formalmente solucionado en el sistema normativo, sin embargo tal solución no es satisfactoria y es conveniente incluir, suprimir o modificar la interpretación de la igualdad que el tribunal sentenciador acoge como relevante en una interpretación androcéntrica del caso.

Cabe agregar que algunos conflictos no son circunstanciales o contingentes, sino necesarios, el artículo cuarto constitucional que estimula acciones en favor de la igualdad sustancial, que proclama la igualdad ante la ley, produce un conflicto necesario, en el sentido de que siempre que se trate de arbitrar una medida en favor de la igualdad social o sustancial para ciertos individuos o grupos nos veremos obligados a justificar cómo se supera el obstáculo, dicho artículo que nos ofrece una razón en sentido contrario. En realidad, lo que ocurre

con el principio de igualdad es que la Constitución no suministra la descripción de las situaciones que de hecho imponen, como razón definitiva, un tratamiento jurídico igual o desigual; no sabemos, desde la Constitución, qué personas y circunstancias, ni a efectos de qué, han de ser tratados de un modo igual o desigual. Esto es algo que no cabe resolver en abstracto, sino en presencia de los casos de aplicación. Es obvio que no existe una relación jerárquica o cronológica, pero tampoco de especialidad, dado que precisamente carecemos de una tipificación de los supuestos de hecho que nos permita discernir cuándo procede otorgar preferencia a uno u otro. Y, sin embargo, el conflicto resulta irremediable, pues siempre que deseemos construir igualdades de facto o de hecho habremos de aceptar desigualdades deiure. Ese conflicto hemos de resolverlo en el discurso de aplicación o ante el caso concreto.

Desde esta óptica hemos servido a nuestros defendidos con discapacidades especiales promoviendo el efectivo acceso a la justicia de las personas con discapacidad, mediante la toma de conciencia por parte de los operadores y operadoras del sistema sobre las barreras que obstaculizan la participación directa e indirecta de ellos en los procedimientos judiciales, incluyendo la etapa de investigación y otras etapas preliminares. El marco normativo básico a favor de nuestros defendidos con discapacidad es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas y las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad aprobadas por la XV Cumbre Judicial Iberoamericana. La noción de acceso a la justicia se relaciona con la posibilidad de los individuos, en igualdad de condiciones, de reclamar y hacer valer sus derechos y eliminar cualquier situación de desigualdad, discriminación, violencia, maltrato o abuso que estén sufriendo. Por propia definición, el acceso a la justicia es un derecho en sí mismo y, a su vez, un medio que permite a las personas restablecer el ejercicio de aquellos derechos que les hubiesen sido desconocidos o quebrantados. En tanto derecho humano fundamental e inalienable, representa para las personas la puerta de entrada a las diferentes alternativas que el Estado debe

proveer o facilitar para la resolución de sus controversias. Este derecho representa un pilar fundamental en toda sociedad, y está íntimamente relacionado con el principio constitucional de igualdad ante la ley.

Esta concepción parte de un nuevo paradigma que concibe el acceso a la justicia como un derecho cuyo ejercicio puede ser exigido por todos los individuos y, simultáneamente, como garantía indispensable para el goce efectivo de los restantes derechos de los que los sujetos resultan titulares. Por otra parte, la noción de "acceso a la justicia" incluida en la convención, es amplia y exhaustiva y puede ser analizada —tomando la clasificación efectuada por Francisco Bariffi,[6] al menos, en tres dimensiones diferentes: legal, físico y comunicacional.

En la dimensión legal, se deben garantizar a las personas con discapacidad acceso permanente y efectivo a los procesos judiciales por derecho propio. En el plano físico, deben asegurarse de que todos los edificios y las sedes judiciales sean accesibles para las personas con discapacidad. Por último, en el plano comunicacional, les deben garantizar que toda la información relevante que conste en el expediente o bien que se brinde a las personas con discapacidad, sea oral o escrita, esté disponible en formatos comunicacionales alternativos, tales como la lengua de señas, Braille, o en un formato fácil de leer y comprender. El artículo 13 de la Convención de la Discapacidad exige el deber de asegurar el "efectivo" acceso a la justicia para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás, "incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad". La obligación de "asegurar" implica que la garantía obliga a realizar todo lo necesario para que el sujeto de derecho pueda acceder a las distintas fases de conocimiento, consideración y juzgamiento de un proceso judicial. Y a su vez, al utilizar la palabra "incluso", la garantía del artículo 13 citado contempla los ajustes de procedimiento en su más variada gama.

[6] Bariffi Francisco y Palacios Agustina, La Discapacidad Como Una Cuestión de Derechos Humanos, Ediciones Cinca, S.A. ONU 2007 Pág. 11

Por otra parte, será directamente el juez o la jueza quien deberá disponer las adecuaciones en los casos concretos, aun cuando no se hallen contempladas en la ley o en las disposiciones del Poder Judicial, por lo que su rol en la adecuación del sistema de justicia a la Convención de la Discapacidad será determinante en esta materia. También es relevante que los defensores realicen los ajustes de procedimiento pertinentes en su interacción con las personas con discapacidad, en un proceso[7] que se instruyó en contra de uno de nuestros defendidos con atrofia muscular en sus extremidades inferiores sindicado del delito de violencia contra la mujer, la defensora diseñó su estrategia de defensa sobre la base normativa, principios sobre la discapacidad que giran en torno al hecho inculpado visibilizando la dificultad de movilidad del sindicado logrando el sobreseimiento del proceso.[8]

Como defensores públicos debemos de tener presente las antinomias principalmente cuando se reflejan en el derecho a la igualdad, recordemos que el mismo lleva implícito el principio de la dignidad humana, constitutivo de los Derechos Humanos en referencia que todas las personas son iguales, y son igualmente sujetas de derecho, pues todas ellas están dotadas de una misma dignidad. Igual dignidad, debe tener igualdad de derechos. A este respecto se refiere el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando afirma: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.” La doctrina coincide en considerar que las normas que reconocen valores son de naturaleza abstracta e inconcreta; para algunos son normas que orientan la producción e interpretación de las demás normas, y que en tal condición fijan criterios de contenido para otras normas; para otros, las normas que reconocen valores al igual que las que consagran principios, determinan el contenido de otras normas, y aquéllas sólo se diferencian de éstas por su menor eficacia directa, aplicándose estrictamente en el momento de la interpretación. Lo cierto es que en todas las anteriores formulaciones

[7] Causa Penal 2012-414 Juzgado de Femicidio

[8] Causa Penal1170-013-11 Juzgado de Primera Instancia Penal de Femicidio.

subyace la idea de que las normas que reconocen valores condicionan las demás normas, y tienen un contenido abstracto y abierto, es decir, están formuladas como cláusulas generales que determinan criterios interpretativos del resto del ordenamiento.

La Corte de Constitucionalidad en un caso de dos mujeres transexuales[9] privadas de libertad en la Granja Penal de Rehabilitación Pavón, a quienes se les cortó el cabello por instrucciones del entonces subdirector general del sistema penitenciario en el año dos mil catorce emitió un precedente que sostiene, de manera uniforme, que la mencionada protección encuentra sustento constitucional en distintas fuentes. En primer término, la protección de la identidad y la opción sexual es corolario del principio de dignidad humana. En efecto, es difícil encontrar un aspecto más estrechamente relacionado con la definición ontológica de la persona que el género y la inclinación sexual. Por ende, toda interferencia o direccionamiento en ese sentido es un grave atentado a su integridad y dignidad, pues se le estaría privando de la competencia para definir asuntos que a él solo conciernen. Este ámbito de protección se encuentra reforzado para el caso de las identidades sexuales minoritarias, esto es, las diferentes a la heterosexual. Ello en razón de la discriminación histórica de las que han sido objeto; y la comprobada y nociva tendencia a equiparar la diversidad sexual con comportamientos objeto de reproche y, en consecuencia, la represión y direccionamiento hacia la heterosexualidad. Así, al estudiar la constitucionalidad de normas legales que regulan la igualdad entre hombres y mujeres excluye la diversidad sexual.

En su defecto, la Corte de Constitucionalidad ha planteado declarar que la dignidad humana representa el primer fundamento del Estado social de derecho, implica consecuencias jurídicas a favor de la persona, como también deberes positivos y de abstención para el Estado a quien corresponde velar porque ella cuente con condiciones inmateriales y materiales adecuadas para el desarrollo de su proyecto de vida.

[9] Expediente 635-2013 of. 7 ref. 1018-2012-127 Corte de Constitucionalidad Guatemala.

Por condiciones inmateriales se entienden los requerimientos éticos, morales, axiológicos, emocionales e inclusive espirituales que identifican a cada persona y que siendo intangibles e inmanentes deben ser amparados por el Estado, pues de otra manera la persona podría ser objeto de atentados contra su fuero íntimo y su particular manera de concebir el mundo. Por condiciones materiales han de entenderse los requerimientos tangibles que permiten a la persona vivir rodeada de bienes o de cosas que, según sus posibilidades y necesidades, le permiten realizar su particular proyecto de vida. Es evidente que la opción y la identidad sexual hacen parte de las condiciones inmateriales integrantes de la dignidad humana. La Corte Constitucional ha previsto que la opción sexual hace parte del ámbito protegido de los derechos a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Insiste en que la definición acerca de dicha opción es una decisión libre, autónoma e incuestionable de la persona, por lo que todo comportamiento, de los particulares o del Estado, que censure o restrinja una opción sexual, o la identidad de género, generalmente en aras de privilegiar la tendencia mayoritaria heterosexual; o imponga sanciones o, de manera amplia, consecuencias fácticas o jurídicas negativas para el individuo, fundadas exclusivamente en su opción sexual, es una acción contraria a los postulados constitucionales. En la actualidad una persona[10] que se siente mujer está recluida en el centro de detención de hombres de la zona dieciocho, su reclamo es que debe estar recluida en un centro de detención de mujeres. La orientación sexual e identidad de género es una realidad poco tolerada por la sociedad guatemalteca, la discriminación y estigmatización continúan en el imaginario del sistema penal. Estamos realizando acciones a favor de ella mediante la investigación científica multidisciplinaria quebrantando esos imaginarios culturales que persisten sobre el caso, el fin es develar la mujer que está en él.

El caso anterior denota la indiscutible presencia de antinomias entre el deber y haber social en el que el juzgador constitucional ha encontrado en el procedimiento de

[10] Proceso Penal 5005-2015-559Tribunal segundo pluripersonal de sentencia Penal delitos de Femicidio

ponderación una interpretación técnica para destrabar conflictos sociales como el planteado. Para Habermas[11] un orden jurídico no solo tiene que garantizar que cada persona sea reconocida en sus derechos por todas las demás personas sino que el reconocimiento reciproco de los derechos de cada uno por todos los demás tiene que descansar en leyes que sean congruentes legitimas en la medida que garanticen iguales libertades a todos no de manera contradictoria sino igualitaria.

Ante estas tendencias no podemos negar que nos encontramos en plena descodificación del derecho en los espacios de la vida social desarrollada por el hombre, en cuanto a su naturaleza psicológica permanece igual, aunque orientada a una fuerte filosofía pragmática y utilitarista que arrastra el hombre de nuestros días hacia objetivos en conflicto con el derecho. Las instituciones jurídicas integras plenas, han sido podríamos decir estiradas al máximo en su afán de capturar la nueva realidad social, los valores a repartir fuertemente impregnados por la doctrina material, hasta nuestros días no logran satisfacer los fines del derecho que por definición permanecen a la par de los fines de la justicia y la equidad. Como podría interpretarse el derecho indígena en el contexto de las reformas constitucionales sobre jurisdicción indígena versus artículo 204 constitucional y más aún desde las perspectivas de las garantías de los derechos humanos. O bien la pena de muerte del artículo diecinueve constitucional contrario en su protección de la vida por el Estado contemplado en el artículo segundo del mismo cuerpo constitucional, la facticidad no se queda atrás recientemente encontramos la imposición de una pena[12] de setenta y dos años de prisión a un miembro de la llamada banda de los Topacio como pena inusitada mediante cadena perpetua si tomamos en cuenta que el sentenciado es de cincuenta y seis años de edad, lo que implica fácticamente la privación inusitada de la vida del reo al operar la pena en concurso real. Son

[11] HabermasJurgenFacticidad y Validez, Madrid, Trotta, 1998. Pág. 94

[12] Proceso penal 1077-2009-2510 Tribunal Primero de Sentencia Penal Mayor Riesgo B Departamento de Guatemala.

interpretaciones que pasarán a la historia, pero que debe evolucionar. Habrá que tomar en cuenta las opiniones de Valadés[13] cuando afirma que con los nuevos sistemas constitucionales; lo que se procura no es limitar las facultades para favorecer a otros sino robustecer a todos. Creemos que es indispensable la lectura moral que lleva implícita la Constitución. Dworkin[14] en su tesis afirma que la Constitución es un decálogo de valores que debemos internalizar con la convicción que todos los ciudadanos somos iguales por el simple hecho de ser seres humanos.

Y una última antinomia que nos atañe es el artículo doce de la Constitución Política de la República de Guatemala, el derecho de defensa y nuestra ley reglamentaria que en el artículo 20 limita el número de defensores públicos a 25 en el departamento de Guatemala, generando consecuencias en el sistema de justicia penal, lo cual es preocupante, así lo demuestran las estadísticas recientes presentadas por los medios de comunicación[15], en las que hace referencia a las Estadísticas del Organismo Judicial que corresponden del 13 de octubre del 2013 al 13 de octubre del 2014, último año de la gestión anterior, revelan que ingresaron 391 mil 290 nuevos casos, de los cuales fueron resueltos 208 mil 459, lo cual representa el 53.3 por ciento con relación al 46.7 por ciento que continuaron pendientes para que en el actual período logren una conclusión. Del primer año de la gestión 2014-2019 no se tiene un estimado de la mora judicial, explicó el vocero del Organismo judicial. Refiere que lo que hacen es continuar iniciativas de la administración anterior: la oralidad en los procesos, la agenda electrónica o la pluripersonalidad —varios jueces— en los juzgados.

La mora judicial que no se logra cuantificar a la fecha se entiende que se está produciendo en el organismo judicial cerca de catorce mil acusaciones por año, solo se

---

13 Valadés, Diego, El control del poder, México, UNAM, 1998, p. 421.

14 Dworkin, Ronald, The Moral Reading of the American Constitution, Cambridge, Harvard University, 1999, p. 37.

15 Artículo Prensa libre 20.12.2015

logran llevar a debate tres mil procesos quedando pendiente una cifra aproximada de mil debates por año que en algunos casos son recalendarizados y que vienen a acrecentar la mora judicial.

El defensor público debe responder a la agenda electrónica del organismo judicial y/o la pluripersonalidad de los jueces lo que se traduce en la carga de trabajo que podría ser cuantificado en promedio de un 400% en los últimos tres años. La situación se agrava cuando vemos que esta carga laboral no ha sido compensada por una mayor asignación presupuestaria, en otras palabras el Instituto enfrenta en la actualidad cuatro veces más la carga de trabajo con los mismos recursos asignados desde el año dos mil seis.

La saturación del sistema lleva un deterioro en el régimen penitenciario por el hacinamiento y sobre la población carcelaria que puede provocar graves conflictos, que incluso generen motines o situaciones violentas.

A lo anterior se agrega la tendencia de resolver los procesos en fase de debate. Gran parte de la saturación del sistema radica en la poca utilización de salidas alternas como mecanismos para desjudicializar los conflictos y poder obtener una solución adecuada a la conflictividad social a través de la reparación integral.

La antinomia repercute en materia de garantías y en la observancia de los Derechos Humanos los juicios penales se exceden en demasía para resolverse generando violación al derecho de toda persona a gozar de un juicio en plazo razonable según artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La validez sustantiva o validez en estricto sentido, entendida como el hecho de que una norma de inferior jerarquía no contradiga las disposiciones superiores, en principio está fuera de discusión. No puede haber contradicción entre dos normas, cuando una es idéntica a la otra. La identidad excluye lógicamente la contraposición. La declaratoria de inconstitucionalidad del artículo acusado significa declarar la inexequibilidad del propio artículo 12 de la Constitución.

El aporte de Gunther Jackobs en su obra, un concepto normativo de

coherencia, dice que la antinomia que nos afecta puede caracterizarse por ser contingente concreta, externa o propia del discurso de aplicación[16], para él deben diferenciarse de las antinomias en abstracto, internas o propias del discurso de validez. Se dice que una antinomia es interna o en abstracto cuando los supuestos de hecho descritos por las dos normas se superponen conceptualmente, de forma tal que, al menos, siempre que pretendamos aplicar una de ellas nacerá el conflicto con la otra. Por ejemplo, una norma que prohíbe más de veinticinco defensores públicos y otra que permite el ejercicio de derecho de defensa de manera ilimitada, se encuentran en una posición de conflicto abstracto, pues la especie en este caso los defensores públicos, forman parte del género el derecho de defensa, o una de las normas no es válida o la segunda opera siempre como regla especial, es decir, como excepción constante a la primera.

Estos conflictos no son frecuentes en Derecho y tampoco constituyen una novedad propia del régimen constitucional, pero han cobrado una particular relevancia y, tal vez también, una fisonomía especial en el marco de la aplicación de los documentos constitucionales dotados de un importante contenido sustantivo, de una densidad material desconocida en el viejo constitucionalismo que, por ejemplo, fuera descrito por Has Kelsen. Del mismo modo, el derecho a la tutela judicial efectiva no tiene por qué entrar necesariamente en conflicto con el ejercicio de las competencias que la Constitución encomienda al legislador en orden a regular el ejercicio de defensa más bien al contrario, la regulación legal de la garantía al derecho de defensa es una condición indispensable en el proceso penal. Sin embargo, también es claro que el conflicto puede plantearse si, por ejemplo, la ley arbitra condiciones que, estén o no justificados por las exigencias de una buena administración de justicia, lo que sucede con la limitación a 25 defensores públicos en el departamento de Guatemala es que resulta cercenado el derecho a la tutela judicial en abstracto, es imposible decidir en favor del derecho fundamental o en favor de las

[16] Günther, KlausTeoria de la Coerencia, EinnormativerBegriff der KohärenzfüreineTheoriederjuristischenArgumentation», en Rechstheorie, n.º 20 1989, Traducción Juan Carlos Velasco Arrollo.

facultades de configuración que corresponden al legislador y que, a su vez, pueden servir a la seguridad jurídica o a otros derechos fundamentales y sólo en presencia de un supuesto concreto, en este caso de un requisito establecido por la ley reglamentaria, podemos inclinarnos por una de las opciones que necesariamente es la ampliación de contratación de defensores públicos para materializar el derecho de defensa.

En conclusión en las antinomias y silencios constitucionales el juzgador pondera y distribuye la riqueza axiológica que se ha dejado en sus manos con un método discrecional y ponderativo, sin quererlo va quitándole al derecho las formalidades del código para depositarlo en fuentes más amplias y generales en que la equidad encuentra su razón de ser.

Bibliografía

- Bariffi Francisco y Palacios Agustina, 2007, *La Discapacidad como Una Cuestión de Derechos Humanos*, Ediciones Cinca, S.A. ONU.
- Bobbio Norberto, 1993, *Igualdad y libertad*, Editorial, Paidos, Barcelona.
- Dworkin, Ronald, 1999, *The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University.
- Günther, Klaus, 1989, *Teoría de la CoerenciaEinnormativerBegriff der KohärenzfüreineTheoriederjuristischenArgumentation, en Rechstheorie*, No.20, Traducción Juan Carlos Velasco Arrollo.
- Habermas, Jurge, 1998, *Fácticidad y validez*, Madrid Trotta
- Kelsen Hans, 1995, *Teoría Pura del Derecho* Editorial Porrua México.
- Valadés, Diego, 1998, *El control del poder*, México, UNAM.

Procesos

Causa Penal 2012-414 Juzgado de Femicidio

Causa 5005-2009-00588 of. 5to del Tribunal de Sentencia del departamento de Escuintla

Causa 5005-2015-559Tribunal segundo pluripersonal de sentencia Penal delitos de Femicidio.

Expediente No. 141-92. p.14; Sentencia 16-06-92; Corte de Constitucionalidad

OBLIGACIÓN DEL FISCAL DEL MINISTERIO PÚBLICO DE EXPLICAR EN LA ACUSACIÓN EL HECHO PUNIBLE Y LAS AGRAVANTES QUE FORMAN PARTE DE LOS HECHOS PUNIBLES ATRIBUIDOS AL ACUSADO

Lic. Rigoberto Vargas Morales

Obligación del fiscal del Ministerio Público de explicar en la acusación el hecho punible y las agravantes que forman parte de los hechos punibles atribuidos al acusado

Lic. Rigoberto Vargas Morales

En el presente artículo, se abordará un tema bastante difícil de explicar, pues más que hablar sobre aspectos de teoría jurídica, se trata de una situación que está regulada en la ley procesal penal, y que por mucho tiempo se ha incumplido el mandato de ley, el cual como Defensor Público de Planta, por muchos años se ha venido exigiendo su cumplimiento legal para no violentar los principios de seguridad jurídica, debido proceso, derecho de defensa y la tutela judicial efectiva. Dicho esto así, en lo individual he tenido una lucha constante en los distintos memoriales de apelación especial y en casación.

Esta vivencia nace a raíz de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de la República de Colombia, que deja por asentado el óptimo desarrollo del sistema penal acusatorio en ese país y dentro de su doctrina legal establece que las circunstancias agravantes y atenuantes tienen que formar parte de los hechos punibles que se imputan a la persona sindicada de la comisión del delito. Se trata entonces, de una vivencia personal, el cual me resulta interesante hacer partícipe a fiscales, jueces y al propio defensor público.

El objetivo general que se persigue con este artículo, es que juntos podemos hacer un cambio sustancial de la justicia en Guatemala, dentro de un marco legal de respeto a los derechos humanos y al derecho individual mismo. Esta motivación está dirigida al operador de justicia, en el sentido de tomar nuevos derroteros, modernizando nuestras actitudes, en el sentido de fortalecer las virtudes del sistema penal acusatorio que tiene nuestro Derecho Procesal Penal.

Breve reseña histórica del sistema penal inquisitivo y acusatorio:

- *Sistema penal inquisitivo*:

Dada la importancia del tema, es sustancial hacer algunas reflexiones con relación al sistema penal inquisitivo y acusatorio. El sistema inquisitivo tiene sus raíces jurídicas en el derecho Romano-Germánico, conocido como la inquisición. En la Edad Media se utiliza el derecho canónico para juzgar a los ciudadanos y se extiende por toda Europa. El Estado y la Iglesia Católica, son quienes regulan la conducta del hombre en la época.

El acto de colonización de nuestros países, estuvo en manos de España, quien permite traer consigo la forma del proceso inquisitivo y es quien se encargó de difundir ese sistema penal inquisitivo a la mayoría de los países en América Latina. En este sistema inquisitivo la investigación que se iniciaba en contra de la persona tenía lugar sin necesidad de que hubiera acusación, bastaba que la persona fuera denunciada de algún delito.

La tarea de acusar y juzgar corresponde a una misma persona (juez), el procedimiento es de forma escrita, el acusado tiene ante el juez la calidad de culpable hasta que se demuestre lo contrario, El acusado se encuentra en un estado de indefensión ante el juez. El procedimiento penal es eminentemente secreto, no existe la oralidad y la publicidad del proceso.

- *Sistema penal acusatorio:*

Ante los abusos y arbitrariedades que se daban en los procedimientos que se empleaban en las Cortes de Justicia en Inglaterra, durante el siglo XVII, nace este sistema adversarial con el fin de impedir abusos de poder por parte del Estado sobre los ciudadanos ingleses. El fin fue salvaguardar los derechos del individuo, su base principal es la protección de la libertad del hombre, considerada por todo el mundo lo más sagrado para cualquier persona.

En la modalidad del sistema acusatorio, las partes (fiscal y defensa), se enfrentan en igualdad de oportunidades y condiciones ante un juez imparcial, quien con base en las pruebas, decide si hay condena o absuelve. Este sistema

acusatorio permite la intervención del Ministerio Público y la víctima.

El primero, para salvaguardar el orden jurídico y la segunda para que se le garantice la justicia y la reparación.

La principal característica del sistema acusatorio, con el sistema inquisitivo, es que el principio de oralidad se desarrolla en audiencias públicas, las pruebas se presentan en forma oral durante el juicio. El juez toma el juicio como una contienda entre iguales que se inicia con la acusación del fiscal, tiene la carga de la prueba y se enfrenta a la defensa en un juicio contradictorio oral y público, en el cual el juez resuelve según su libre convicción.

En el sistema acusatorio, el fiscal dirige la investigación juntamente con la policía, las pruebas se presentan ante el juez en forma oral.

La declaración de los testigos se somete a debate y la confrontación de las partes ante el juez, quienes se esfuerzan para convencer en sus posiciones. Quien acusa es el fiscal y quien dicta la sentencia es el juez.

- *Principios del sistema acusatorio:*

- **Oralidad:** Las diligencias se realizan ante el juez de viva voz.

- **Publicidad:** Esto garantiza que las decisiones que se hayan tomado estén bajo el control de las partes y la sociedad.

- **Inmediación:** Garantiza la asistencia del juez en la práctica de las pruebas. El juez haya estado presente en relación directa con las partes, testigos, peritos y los objetos del juicio. El sistema acusatorio persigue eficacia, rapidez, mayores resultados y satisfacción ciudadana y garantizando los derechos de las partes.

- **Concentración:** Todas las pruebas tienen que ser presentadas durante la audiencia del juicio.

La acusación y las circunstancias agravantes

- **Definición de la acusación:**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia de fecha 20 de junio de 2005. Caso: Fermín Ramírez Vs. Guatemala, al pronunciarse sobre la acusación expresó:

"La descripción material de la conducta imputada recogida en la acusación constituye "la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan".

[1]Encontramos en esta definición que el imputado tiene derecho de conocer esa imputación, y esta es la razón por la cual es obligatorio que las circunstancias agravantes estén incluidas en la acusación. Si las circunstancias agravantes no están en la acusación y el juez de sentencia, hace la apreciación de ellas para elevar la pena de prisión del acusado, violenta el principio de congruencia que estipula el artículo 388 del Código Procesal Penal.

El profesor Saúl Araya, sobre el tema de la acusación expresa: *"De ahí que la acusación no es sólo un medio de imputación sino también un medio de defensa del acusado. Y la acusación es más que eso: es el instrumento base sobre el que el juez deberá decidir; de ahí que si esa "materia prima" no es clara, no es precisa, no es específica o no es circunstanciada, no podrá el juez tomar una decisión adecuada, o no podrá fundamentarla, pues si lo hiciere, a pesar de los vicios que observa en la acusación, y que no fueron objeto de una ampliación o una modificación legalmente aceptable, romperá el principio de correlación entre sentencia y acusación".*[2]

En lo personal, considero que la acusación es un acto conclusivo del Ministerio Público, en el cual según el artículo 332 Bis del Código Procesal Penal, debe contener el

---

[1] Sentencia de fecha 20 de junio de 2005. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

[2] Araya M, Saúl. La Acusación como medio de imputación y como medio de defensa. Postgrado en derecho procesal penal. Nicaragua. 2009. Pág. 2.

hecho punible, que incluye las circunstancias agravantes y atenuantes aplicables. El numeral 4) del artículo 332 Bis del referido Código Procesal Penal señala: *"La calificación jurídica del hecho punible, razonándose el delito que cada uno de los individuos ha cometido, la forma de participación, el grado de ejecución y las circunstancias agravantes o atenuantes aplicables".* Interpretada la norma legal citada se observa que es un mandato de ley, incluir en la acusación fiscal las circunstancias agravantes, para no violentar el principio de CONGRUENCIA que es la correlación entre la acusación y la sentencia. Existe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, sobre que las circunstancias agravantes como parámetro del artículo 65 del Código Penal, deben quedar debidamente acreditadas en el juicio. La Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal en sentencia de fecha tres de septiembre de dos mil doce, identificada como casación acumulada número 1163-2012, 1184-2012 y 1229-2012. Se pronuncia: *"cada uno de los parámetros establecidos en el artículo 65 del Código Penal, tienen que quedar debidamente acreditados en el juicio, y no pueden sustituirse por simples conceptos o subjetividades del juzgador".*[3] Esta jurisprudencia legal expuesta, tiene un imperativo legal para ser acatada por los jueces de los tribunales de sentencia. Los hechos punibles y las circunstancias agravantes, tienen que ser acreditadas en el apartado de la sentencia "de la determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el tribunal estima acreditado". Artículo 389 numeral 3) del Código Procesal Penal. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia de fecha 20 de junio de 2005. Caso Guatemala "versus" Fermín Ramírez en el párrafo 89 de dicha sentencia establece: *"la peligrosidad criminal, como cualquier otra agravante o atenuante, genérica o específica, no puede ser presumida, sino debe probarse en el juicio; cuando no se menciona en la acusación, se quebranta el principio de contradicción".*[4]

---

[3] Sentencia de fecha 3/9/2012. Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal. Guatemala.

[4] Sentencia de fecha 20 de junio de 2005. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como se Interpreta de la lectura anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deja asentado que: "cualquier otra agravante o atenuante, genérica o específica, no puede ser presumida, sino debe probarse en el juicio". Entonces, es una mala práctica del juzgador acreditar las circunstancias agravantes en el apartado de la sentencia "de la pena a imponer", como lo hacen actualmente los jueces de sentencia. Agrego una doctrina más de la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal. Sentencia de fecha veintiuno de octubre de dos mil quince. Casación número 01004-2014-01270. La Corte Suprema de Justicia, se pronuncia: *"Casación por motivo de fondo: Procedente cuando, la Sala confirma la sentencia de primer grado, que elevó la pena de prisión por el delito de homicidio, aplicando la circunstancia agravante de vinculación con otro delito, sin que la misma haya sido incluida en la petición de apertura a juicio y formulación de acusación presentada por el Ministerio Público"*.[5] En este orden de ideas, se concluye que la inclusión de las circunstancias agravantes en la acusación que formula el Ministerio Público al acusado, es cumplimiento de la ley adjetiva penal.

- **El papel que juega el Defensor Público:**

El defensor público como profesional del derecho, debe ser diligente en el desarrollo de su función de carácter técnico-jurídico, protegiendo conforme la ley, los derechos y garantías de su patrocinado. Durante el debate procurará motivar a los jueces del tribunal de sentencia, que la apreciación de circunstancias agravantes, para los efectos de la elevación de la pena de prisión, tienen que haber sido establecidas en la acusación formulada por el Ministerio Público, en virtud que forman parte de los hechos punibles que se ha formulado en contra del acusado y que la acreditación de hechos, incluye la acreditación de las circunstancias agravantes en el apartado de la sentencia respectiva. Es decir, el apartado de la sentencia *"de la determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el tribunal estima acreditados".* En tal virtud, solamente las circunstancias agravantes

[5] Sentencia de fecha 21 de octubre de 2015. Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal. Casación No. 01004-2014-01270. Guatemala.

acreditadas en el juicio, pueden ser apreciadas por el juez de sentencia para elevar la pena de prisión del acusado.

- **Práctica Actual del Ministerio Público:**

El Ministerio Público como encargado de la persecución penal, muestra una actitud de resistencia ante la ley procesal penal. El numeral 4) del artículo 332 Bis del Código Procesal Penal, manda que el Ministerio Público incluya las circunstancias agravantes cuando considere que concurren en los hechos atribuidos al acusado. Actualmente el Ministerio Público cumple con el contenido de la acusación intimando los hechos punibles al acusado, pero omite la inclusión de las circunstancias agravantes que considere concurran en los hechos atribuidos al acusado, en virtud que las circunstancias agravantes forman parte de los hechos punibles que se imputan al acusado. No incluir en la acusación presentada por el Ministerio Público, las circunstancias agravantes que considere concurren en los hechos punibles, es desobedecer el mandato legal del numeral 4) del artículo 332 Bis del Código Procesal Penal, que ordena al Ministerio Público que al formular la acusación fiscal, se incluyan las circunstancias agravantes que considere concurren en los hechos punibles. Por lo que se hace necesario que el agente fiscal del Ministerio Público cumpla con el precepto legal en mención. No se trata de imponer un determinado capricho legal, se trata de una orden de nuestra ley procesal penal.

Para una ilustración del lector, se cita un caso concreto: El agente fiscal del Ministerio Público, formula acusación en contra de *Alexander Fernando Méndez Valle* por el delito de Homicidio y hace la intimación siguiente: “Porque usted *Alexander Fernando Méndez Valle*, el tres de mayo de dos mil trece, aproximadamente a las once horas con quince minutos, frente a un supermercado en la carretera de Villa Canales, de la Aldea Boca del Monte del municipio de Villa Nueva, del departamento de Guatemala, fue sorprendido por agentes policiales, cuando cuidaba y acompañaba a otra coimputada que recibía un paquete con dinero de manos del investigador policial, dada la extorsión que realizaron a una víctima, a quien vía telefónica le exigían cincuenta mil quetzales de manera intimidatoria. El implicado

al verse descubierto por la policía, realizó disparos al aire con un arma de fuego, tipo pistola marca Jericó, dándose a la fuga, instantes después, se internó en un centro de venta de artículos de primera necesidad, realizando varios disparos sobre la humanidad de un agente de seguridad policial, quien posteriormente falleció en el Hospital como consecuencia de los impactos de bala recibidos. La conducta del acusado se encuadra en el delito de Extorsión y Homicidio conforme los artículos 261 y 123 del Código Penal."

El tribunal Segundo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del municipio y departamento de Guatemala, condena al acusado *Alexander Fernando Méndez Valle*, por los delitos de e**xtorsión y homicidio**.

El tribunal aplica la circunstancia agravante de vinculación con otro delito, establecida en el numeral 19 del artículo 27 del Código Penal, decide imponer por el delito de homicidio, la pena de VEINTE AÑOS DE PRISION INCONMUTABLES. Se presenta recurso de apelación especial por motivo de fondo, alegando que la circunstancia agravante aplicada por el tribunal que no fue incluida en la acusación presentada por el Ministerio Público. La Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Guatemala, al resolver declara: **NO ACOGER** el recurso de apelación especial por motivo de fondo interpuesto por el acusado y en consecuencia, **CONFIRMA** la sentencia de primer grado. Se interpone recurso de casación por motivo de fondo y como caso de procedencia la indebida aplicación de la ley. La Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal en el CONSIDERANDO -II- expresa: “Del contenido de la plataforma fáctica se puede establecer que, en efecto, la Sala impugnada confirmó la decisión del tribunal de sentencia, a pesar de que, la agravante de vinculación con otro delito respecto del delito de homicidio, no fue incluida dentro de la solicitud de apertura a juicio y formulación de acusación presentada por el Ministerio Público, razón por la cual, no podía ser tomada en consideración para la imposición de la pena de prisión al sindicado por el referido delito, ya que con ello, vulneró los principios de congruencia, indefensión procesal, debido proceso y tutela judicial

efectiva, razón por la cual, se acoge el recurso planteado y se rebaja a quince años de prisión la pena impuesta por el delito de homicidio. Por lo mismo, el recurso de casación con base en el numeral 5 del artículo 441 del Código Procesal Penal, debe declararse procedente". Expediente No. 01004-2014-01270. Oficial VII.

- *Actividad judicial del Juez de Sentencia:*

Los jueces de sentencia, al dictar los fallos judiciales, hacen apreciación de las circunstancias agravantes, aun cuando no hayan sido incluidas en la acusación fiscal, ni acreditadas en el juicio. El juez de sentencia actual, considera que el parámetro de las circunstancias agravantes que están contenidas en el artículo 65 del Código Penal, pueden ser acreditadas en el apartado de la sentencia **"de la pena a imponer"**, y esto es suficiente para aplicar las mismas para elevar la pena de prisión del acusado. Esto no es así, las circunstancias agravantes por ser parte integrante de los hechos punibles, según nuestra ley procesal penal, tienen que ser al igual que los hechos punibles, acreditadas en el juicio. Entonces, el apartado de la sentencia donde el juez acredita los hechos punibles y las circunstancias agravantes tendrá que ser: "de la determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el tribunal estima acreditados". Según el numeral 3) del artículo 389 del Código Procesal Penal. Esto para no vulnerar el principio de congruencia, establecido en el artículo 388 del Código Procesal Penal. En la práctica judicial, únicamente la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones, sustenta el criterio que la aplicación de las circunstancias agravantes, son viables si éstas han sido incluidas en la acusación presentada por el Ministerio Público. La Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, tiene su jurisprudencia en el mismo sentido. Es decir, las circunstancias agravantes forman parte de los hechos punibles y en esa virtud tienen que ser acreditadas en el juicio.

Después de las consideraciones del sistema inquisitivo y acusatorio, tomando en cuenta el espíritu de nuestra ley procesal penal y después de un proceso comparativo, considero que nuestro sistema penal está ubicado en un sistema penal mixto; que los hechos punibles y las

circunstancias agravantes que forman parte de los mismos hechos, tienen que constar en la acusación que presenta el Ministerio Público, conforme lo estipulado en el numeral 4) del artículo 332 Bis del Código Procesal Penal y que el tribunal de sentencia al dictar el fallo judicial, tiene el deber de acreditar los hechos punibles y las circunstancias agravantes, en el apartado de la sentencia "de la determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el tribunal estima acreditados". Esto permitirá al juez de sentencia hacer su aplicación para elevar el mínimo de la pena señalada en la ley para el delito cometido.

Considero también que se hace necesario un cambio de actitud del agente fiscal del Ministerio Público y del juez de sentencia. Esto implica voluntad, decisión y responsabilidad para dar cumplimiento a la norma procesal penal. Creo que no es tarde para hacerlo. Existen muchas circunstancias agravantes, que si no están en la acusación presentada por el Ministerio Público, impide al juzgador aumentar la pena de prisión, si dicha circunstancia agravante no ha sido imputada al acusado.

Bibliografía

Tratadistas:

- Araya M, Saúl. La Acusación como medio de imputación y como medio de defensa. Postgrado en derecho procesal penal. Nicaragua. 2009. Pág. 2.

Sentencias:

- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 20 de junio de 2005.

- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, de fecha 3 de septiembre de 2012. Identificada como Casación No. 1163-2012, 1184-2012 y 1229-2012. Guatemala.

- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 20 de junio de 2005.

- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, de fecha 21 de octubre de 2015. Identificada como Casación No. 01004-2015-01270. Guatemala.

Legislación Nacional:

- Código Procesal Penal. Decreto No. 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DOCTRINA NEOCONSTITUCIONALISTA

M.A. Ivette Amarilis Joaquin Amaya

La presunción de inocencia desde la perspectiva de la doctrina neoconstitucionalista

M.A. Ivette Amarilis Joaquin Amaya

1.1 Antecedentes y Surgimiento del Positivismo

"En el Siglo XIX, Europa se caracterizó por ser una sociedad monista, presidida por los valores de la burguesía liberal, que da lugar a un Estado de Derecho basado en una idea de soberanía y en la omnipotencia de la ley, lo cual dio origen a la cultura jurídica del positivismo. Para Hans Kelsen, "el derecho positivo es el derecho creado mediante actos de voluntad de los hombres, mediante la legislación y la costumbre."[1]

Este modelo positivista al igual que el modelo clásico de pensamiento el cual fuera sostenido por los pensadores John Locke y Montesquieu, la función que correspondía a los jueces, era únicamente limitarse a aplicar las leyes, por eso se hablaba que el juez no era más que la "boca de la ley", en consecuencia en los legisladores se concentraba el poder, y eran quienes decidían sobre la forma de interpretación de las normas jurídicas; como consecuencia de ello surge la corriente positivista y el método exegético, lo cual reducía posibilidades de interpretación, salvo que fuera una interpretación en el sentido literal de la norma.

En una sociedad democrática, indica Juan Morales Godo, que la función de los jueces ha ido evolucionando y que históricamente se ha superado el modelo clásico ideado por los pensadores Locke y Montesquieu, en donde se consideraba que los jueces eran la boca muerta de la ley, en donde los legisladores ejercían un papel relevante y preponderante y hablar de Estado de Derecho, era únicamente un aspecto formal, que respondía a los intereses socio-económicos y no se ajustaba a los valores y principios establecidos constitucionalmente.

[1] Kelsen Hans. La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico. Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho. Número 12. 2008. Pág. 1.

Para el autor Luis Prieto Sanchis, los postulados fundamentales del positivismo, son los que coinciden con un modelo de organización jurídica y política denominado modelo postrevolucionario de Estado de Derecho, basado en un concepto fuerte de soberanía, en la separación de poderes, en la codificación y el imperio de la ley y en la figura del juez autónomo.

Contraria al positivismo jurídico surge "como nueva corriente de pensamiento, el neoconstitucionalismo adoptada en Europa en la segunda guerra mundial".[2] Tanto sus defensores como los críticos de esta forma de pensamiento han reconocido que se encuentra en crisis desde hace tiempo; "crisis vinculada a la obsolescencia del marco histórico-político-soberanía estatal, el monopolio de la producción jurídica por el legislador estatal y frente a estas crisis, algunos autores consideran que ha quedado clausurada la época positivista y sin que ello implique un retorno al iusnaturalismo".[3]

El positivismo jurídico ha sido objeto de críticas constantes por su rigidez y formalismo jurídico, toda vez que su interpretación de la ley, se base en la subsunción, la cual es peculiar o propio en las normas, por ello se habla de un silogismo jurídico o procedimiento deductivo de la decisión judicial. Quiere decir que el positivismo jurídico parte que el juez únicamente debe aplicar la ley, por eso se dice la boca muerta de la ley y la ley es la ley, aunque sea injusta, porque la interpretación debe ser literal en base al contenido de la norma, no permitiendo un mayor análisis y argumentación, desde mi punto de vista, porque en el sistema de interpretación es tradicional la subsunción.

1.2. El Neoconstitucionalismo o Constitucionalismo Moderno

El neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo, es una doctrina relativamente moderna que históricamente surge después de la Segunda guerra mundial, especialmente con la Constitución Italiana (1947), Alemana (1949), con la redemocratización y

[2] Larrea, Ana Maria. Neoconstitucionalismo: Una aproximación crítica. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Guayaquil. 2011. Pág. 6.

[3] Contreras, Francisco. El Debate sobre la superación del positivismo Jurídico.

reconstitucionalización de Portugal (1976) en Latinoamérica y en Brasil posteriormente a la Constitución de 1988.

"Ya que a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, en Europa se redefinió el lugar ocupado por la Constitución y la influencia del derecho constitucional sobre las instituciones contemporáneas, siendo la primera referencia al desarrollo del nuevo derecho constitucional la Ley Fundamental de Bonn (Constitución Alemana) de 1949 y el surgimiento del Tribunal Constitucional Federal instalado en 1951)." [4]

En el caso de Latinoamérica su origen deviene con la reconstitucionalización ocurrida en Brasil y el surgimiento de un Estado democrático y constitucional de Derecho, en contraposición al Estado Autoritario con la vigencia de la Constitución de 1988.

Puede decirse entonces que desde el surgimiento de este nuevo modelo, hasta la fecha ha contado con nuevos seguidores, podría decirse, sobre todo indica el autor Miguel Carbonell: "en el ámbito de la cultura jurídica italiana y española, así como en diversos países de América Latina, particularmente en los grandes focos culturales de Argentina, Brasil, Colombia y México. Pero a pesar de ello, es un fenómeno escasamente estudiado, cuya comprensión seguramente tomará todavía algunos años." [5]

Así como el neoconstitucionalismo ha encontrando autores, estudiosos, que propagan sobre su aplicación como nueva doctrina en la interpretación constitucional, entre ellos puede mencionarse a Robert Alexis, Ronald Dworking, Gustavo Zagrebelsky, Luis Roberto Barroso, Carlos Nino, Carlos Bernal Pulido, Luis Pietro Sanchis, Luigi Ferrajoli y hay autores que critican dicha tesis entre otros Comanducci, indicando que la misma no es una nueva teoría y es perfectamente compatible con el positivismo jurídico, al ser una modificación del mismo.

---

[4] Barroso, Luis Roberto. "El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho. Universidad Autónoma de México. México. 2008. Pág. 2.

[5] Carbonell, Miguel. "Que es el Neoconstitucionalismo". Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM 2007. Pág. 1. www.juridicas.unam.mx.

Hablar de neonconstitucionalismo como nueva forma de interpretación constitucional, nos formula la siguiente interrogante: ¿Qué debemos entender por neoconstitucionalismo? y si la misma constituye una nueva forma de interpretación constitucional o es una modificación del positivismo jurídico.

Hay varios autores que han escrito en relación a este nuevo modelo. Al respecto ha indicado el autor Pietro Sanchís.“Que el neoconstitucionalismo parte de una serie de presupuestos jurídico-políticos, el cual se desarrolla en el marco del Estado Constitucional de Derecho, sus rasgos esenciales son:

a) El reconocimiento de la plena fuerza normativa de la constitución;
b) La rematerialización constitucional, esto es, la incorporación al texto de un denso contenido material de principios y derechos fundamentales;
c) Garantía judicial de la Constitución,
d) Rigidez constitucional.”

En el modelo neoconstitucionalista no puede hablarse de un gobierno de los jueces, que aplican de manera antojadiza y desde su punto de vista interpretan los principios, porque pensar en ello, implicaría reconocer un sistema de justicia despótico, tirano, sin garantias a favor de los sujetos procesales, porque el Juez en su interpretación debe ser prudente y justo, aplicando los principios, valores, normas y derechos.

Como ejemplo de intervención y consolidación de la democracia, es el Caso de Guatemala, mediante resolución emitida por la Corte de Constitucionalidad que paró un golpe de Estado originado por el ex presidente Jorge Serrano Elías en el año de 1993.

Por las razones citadas se considera que, actualmente referirse al Neoconstitucionalismo es hablar de una nueva corriente de pensamiento, que lleva implícita una nueva forma de interpretación constitucional e incluso de las normas infraconstitucionales las cuales deben estar acordes con la constitución en base al principio de jerarquía o supremacía constitucional y su interpretación en concordancia con la ley suprema.

1.3. El Derecho Humano de Libertad y la naturaleza de la presunción de inocencia

La libertad es un ideal humanista que aparece expresamente reconocido internacionalmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que todo el régimen se asienta sobre el reconocimiento de la primacía de la persona humana. Se considera a la libertad como la condición indispensable para el desarrollo integral de la persona, por lo que deben garantizársele todas las posibilidades de realización. Se liga íntimamente con la dignidad, significando un respeto a la naturaleza moral de la persona, que necesita un margen de intimidad y espacio para su proyección social con respeto a los semejantes. Por eso, la libertad no implica sólo un margen de independencia frente al poder público, sino también participación en las decisiones de la comunidad y margen de opción en la vida política. Una libertad individual, una libertad social y una libertad política."[6]

La presunción de inocencia siendo un principio general del Derecho, constituye una guía rectora en la aplicación y creación del derecho positivo, garantizado constitucionalmente y además contenido en normas internacionales como son la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. "Es una obligación ineludible como reflejo del derecho del gobernado; la presunción de inocencia conlleva una obligación para cualquier autoridad de respetar a aquél, de evitar la mínima molestia si no es bajo la reunión de determinados requisitos establecidos en la ley y aun en el supuesto de ser justificada la molestia o mejor aún, la sujeción a un determinado procedimiento. La autoridad está obligada a creer al menos formalmente, con todas las consecuencias que implica esa convicción que el individuo es inocente y por tanto a conducirse de tal manera que no haga pensar que lo estima culpable; debe suprimir cualquier actuación o suposición que implique una consideración de culpabilidad"[7]

---

[6] García Laguardia, Jorge Mario. "La Constitución Guatemalteco de 1985. Págs... 15-16. biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=222

[7] Martínez Cisneros Germán. La Presunción de Inocencia. De la Declaración Universal de Derechos Humanos al Sistema Mexicana de Justicia Penal. Revista del Instituto de la Judicatura Federal México. 2008. Pág. 231.

Desde el ámbito constitucional, el derecho a la presunción de inocencia forma parte del bloque constitucional de derechos, por encontrarse garantizado "tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así mismo los derechos fundamentales adquieren una dimensión procedimental, en la medida que todos ellos deben ser respetados en el proceso judicial, siendo ilegítimo e inconstitucional si no los respeta en su desarrollo o los vulnera en sus conclusiones y es dentro de un proceso penal que el Estado en defensa social, produce una injerencia en uno de los derechos más preciados de la persona, su libertad personal." [8]

En consecuencia como derecho humano fundamental, la presunción de inocencia no se aplica únicamente en el ámbito penal, si no en la adopción de cualquier resolución de tipo jurisdiccional o administrativa, "la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la presunción de inocencia puede ser violada no sólo por el Juez o una Corte, sino también por otra autoridad pública y el derecho a la presunción de inocencia exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyente así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad."[9]

Siendo el derecho de presunción de inocencia, un derecho fundamental, su concreción práctica depende por necesidad en cuanto a su interpretación de quién tiene la máxima responsabilidad de fijar conceptos y contenidos jurídicos constitucionales y la interpretación que estos máximos órganos aporten acerca de qué es y cómo debe ser protegido este derecho, el problema del concepto y el problema del contenido de los derechos fundamentales vinculará al Poder Legislativo en la realización de la ley, al Poder Ejecutivo en cuanto a la interpretación de la ley; y al Poder Judicial tanto en la aplicación, como en la valoración que el propio juez

[8] Nogueira Alcalá, Humberto. Consideraciones sobre el derecho fundamental de presunción de inocencia. Revista Ius Et Praxis. Chile. 2005.

[9] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Lori Berenson Vs. Perú. Serie C No. 119 Sentencia de 24 de noviembre de 2004.parrafo 159.

debe hacer de la ley para la definición de los supuestos de hecho que la ley describe; para determinar las consecuencias jurídicas que la ley dispone y que deberán respetar y estar conforme a la interpretación vinculante de los supremos interpretes.

El Estado se legitima, entre otros criterios, por el de la realización de los derechos fundamentales, en ésta noción del Estado, los derechos fundamentales son reconocidos, igual que en la tradición del derecho natural como propios del individuo e independientes de aquél".[10]

En consecuencia es necesario estudiar la presunción de inocencia no sólo como una garantía del proceso penal, sino, a modo de un derecho fundamental, así lo indica el autor Robert Alexy, "los derechos fundamentales se encuentran consagrados en la Constitución en forma de principios y se caracterizan por tener el máximo rango dentro de la escala normativa que compone el ordenamiento jurídico, también por tener máxima fuerza jurídica y máxima importancia de objeto, puesto que con ello se decide sobre la estructura básica de la sociedad"[11]

1.4. La Interpretación Neoconstitucionalista en relación a la naturaleza de la presunción de inocencia y su proyección sobre el derecho de libertad

El artículo 264 del Código Procesal Penal Guatemalteco, establece que en relación a procesos instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales, o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado, quedan excluidos de medidas sustitutivas, al igual que los delitos comprendidos en el Capítulo VII del Decreto No. 48-92 del Congreso de la República. Ley contra la Narcoactividad.

La interpretación que realizan en su mayoría los jueces en audiencia de primera declaración es el no otorgamiento de la medida sustitutiva

[10] Bacipulgo, Enrique. Principios Constitucional del Derecho Penal. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1999. Pág. 13.

[11] Alexy Robert. Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático en Neoconstitucionalismo. Editorial Trotta. Madrid. 2005. pág. 8

porque ante la interpretación literal no es procedente otorgar y por imperativo legal resuelven que debe decretarse auto de prisión preventiva fundamentándose en el artículo 13 de la Constitución Política de la República y el 259 del Código Procesal Penal, realizando una interpretación desde un punto de vista positivista y en base al silogismo jurídico.

Sin embargo, con el nuevo modelo de interpretación constitucional denominado neoconstitucionalismo, que estimo no implica una modificación del positivismo, se basa en la resolución de un caso o conflicto de intereses por parte del juez no sólo en la norma, debe ir mucho más allá de circunscribir su interpretación a la misma, porque la Constitución integra valores, normas, principios y en consecuencia podemos hablar con este modelo de decisiones judiciales mas justas, porque como lo he indicado en aquellos delitos que la ley impide el otorgamiento de una medida sustitutiva, analizando el modelo neoconstitucionalista puede aplicarse basando el análisis en la Constitución, en la ponderación de principios que es lo esencial en este modelo, no podríamos hablar de un arbitrio del juez como se ha criticado a este modelo, porque debemos reconocer que en este modelo –neoconstitucionalismo- el juez decide en base a argumentos de justicia, emitidos por un juez prudente, creativo, que pondera principios, los jerarquiza y que no implicaría emitir resoluciones contradictorias a la ley, sino en base a la norma fundamental de Estado.

Incluso en el preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala, se plasman los valores superiores que rigen el ordenamiento jurídico-constitucional como lo son: dignidad de la persona humana, igualdad, seguridad, justicia, libertad, paz y bien común.

Bibliografía

- Cossio Díaz, José Ramón. **Sistemas y Modelos de Control Constitucional en México**. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2011.

- Cuneo Libarona, Mariano. **Procedimiento Penal. Garantías Constitucionales en un Estado de Derecho**. Fondo Editorial de Derecho y Economía. Argentina. 2012.

- Schmill Ordoñez, Ulises. **El Positivismo Jurídico**. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.erecho.unam.mx.ugenio.

- Ávila Santa María. **Noeconstitucionalismo y Sociedad.** Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ecuador. 2008.

- De León Villaba, Francisco Javier. **La Pena Privativa de Libertad en el Derecho Comparado.** Universidad de Castilla La Mancha. 2003

- Fuentes Maureira, Claudio. **Régimen de Prisión Preventiva en América Latina: La Pena Anticipada, la lógica cautelar y la Contrarreforma**. Revista Sistemas Penales. Santiago de Chile. 2010.

- Galindo Cifuentes, Ernesto. **Un caso de Ponderación Judicial.** Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia. www.bibliotecajuridicavirtual. 2007.

- Gil Rendón, Raymundo. **El Neoconstitucionalismo y los Derechos Fundamentales.** Biblioteca Jurídica Virtual. www.juridicas.unam.mx. .

- Morales Godo, Juan. **La Función del Juez en una Sociedad Democrática**. Revista de la Maestría en Derecho Procesal. Volumen IV. Universidad Católica de Perú. 2010.

- Pietro Sanchis, Luis. **Constitucionalismo y positivismo**. Editorial Fontamara. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y política. México. 1997.

Legislación

- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Constitución Política de la República de Guatemala
- Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala

OBSERVANCIA DEL DERECHO DE DEFENSA

Lic. Julio Cesar Zúñiga

Observancia del derecho de defensa

Lic. Julio Cesar Zúñiga

Antecedentes del mandato del derecho de defensa en el medio guatemalteco

Ante el abuso de poder, la estigmatización y los prejuicios en el juzgamiento de las personas, la falta del reconocimiento de la presunción de inocencia y el derecho de defensa, se ha propugnado por el acceso y respeto de los derechos inherentes a la persona humana, creándose mecanismos que contribuyan a su concreción, como una necesidad de limitar el poder del Estado para restringir la libertad del individuo.

> El papel del abogado defensor es importante en una sociedad como la nuestra, para garantizar el respeto de este derecho [derecho de defensa] que se violenta a través de la detención como medida de coerción personal de su defendido; su rol es el de velar por el cumplimiento de cada uno de los supuestos que deben cumplirse para la imposición de esta medida y el respeto de los derechos que le asisten a los detenidos"(Aparicio, 2000, pág. 32)

Ello con el fin de crear una sociedad más equitativa y con justicia social, necesidad que ha sido inquietud constante de hombres y mujeres que han utilizado su tiempo en exponer criterios que influyan en la conciencia de los demás.

Si bien el Estado ha tenido quien lo defienda y le represente en defensa de sus intereses, esto para el individuo común venía siendo una paradoja, ya que no contaba con el reconocimiento legal de su derecho natural de defensa, por lo que el órgano jurisdiccional se sujetaba a garantizar el cumplimiento de las formas sacramentales del proceso, sin tomar en cuenta su versión para cotejar la veracidad o no del hecho criminal del cual era sindicado.

Es así como en Guatemala, el reconocimiento y protección de los derechos inherentes a la persona

humana es de poca data, ya que con antelación a la promulgación de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, cuya vigencia se dio en enero de 1986, se carecía de defensa material y la defensa técnica era somera dentro del proceso penal, encontrándose prácticamente el sindicado en indefensión personal ante una imputación, ya que imperaba esencialmente garantizar el orden público y la estabilidad institucional del Estado.

Al respecto expresa Aparicio, et al (2000)

> El encarcelamiento injusto o arbitrario ha jugado un papel protagónico como instrumento para mantener firme los cimientos del autoritarismo. Frente a premisas como "Toda persona inconveniente al sistema de gobierno debe ser puesta fuera de circulación" o "todo aquel que hiere el stablishment debe ser encarcelado", la dinámica humana ha respondido con movimientos libertarios que, sucesivamente intentan poner coto a la arbitrariedad. (pág. 1)

La aplicación de justicia en Guatemala no ha sido distinta a otros sistemas que han mantenido la vigencia de normas que centralizan en la judicatura el conocimiento de los hechos, la averiguación, la valoración probatoria y la emisión del fallo respectivo (proceso inquisitivo), para determinar la existencia de la participación y responsabilidad de la persona objeto de una sindicación, motivando con ello el desamparo de la persona e incertidumbre de las resultas de caso, lo que trascendió en la pérdida de confianza por la sociedad en la aplicación de justicia, ante la existencia de los condenados sin condena.

Es así como ante la apertura democrática en un Estado de derecho, se regula en el artículo 12 de la Constitución Política de la República el derecho de defensa en el siguiente sentido: "La defensa de la persona y sus derechos es inviolable en el proceso penal. Nadie podrá ser condenado sin haber sido citado, oído y vencido en procedimiento preestablecido y ante tribunal en el que se hayan observado las formalidades y garantías de ley". (Asamblea Nacional Constituyente, 1985)

El Estado al reconocer y proteger a la persona humana, se obliga a respetar la vida, la seguridad, la libertad, la justicia, entre otros derechos y para garantizar que la población tenga acceso a la justicia en igualdad de condiciones sin discriminación alguna, crea una entidad a quien le delega la función de velar porque se respete por los órganos jurisdiccionales el derecho a la presunción de inocencia, mediante un debido proceso y en forma gratuita, estableciendo procedimientos de índole administrativa, técnica y judicial, siendo esta entidad el Servicio Público de Defensa Penal, que fuera el antecedente del Instituto de la Defensa Pública Penal, según lo establecía el Capitulo II, del Título I, de las disposiciones finales del Código Procesal Penal, disposiciones que al entrar en vigencia la Ley del Servicio Púbico de Defensa Penal, quedaron derogadas. (Congreso de la República, 1992)

Con la promulgación de la Constitución Política de la República de Guatemala, se le da vida jurídica a instituciones novedosas como el Tribunal Supremo Electoral, la Corte de Constitucionalidad, la Procuraduría de Derechos Humanos y el Servicio Público de Defensa Penal, que si bien existía en el medio guatemalteco la Procuraduría General de la Nación a la cual se encontraba adscrito el Ministerio Público, no se contaba con una institución que defendiera los intereses en forma técnica del procesado en materia penal.

En el preámbulo de la Constitución Política de la República se consigna que se le da protección preferencial a la persona humana, y a la familia como génesis de la sociedad, garantizándose la igualdad en juicio, así como ciertos derechos que conlleven a englobar un debido proceso mediante el trato personal de inocencia y viabilizar el derecho a una defensa material y/o técnica.

En las disposiciones transitorias del Código Procesal Penal (Decreto 51-92) que entrará en vigencia el 1 de julio de 1994, se plasma el Servicio Público Penal (Artículo 551), como una oficina más de la Corte Suprema de Justicia y del Organismo Judicial de la cual se desliga al adquirir su autonomía bajo la denominación de Instituto de la Defensa Pública Penal, según el Decreto 129-97 y cuya función gratuita deviene de los

Acuerdos de Paz celebrados entre el gobierno de Guatemala y Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca URNG.

Es así como el acceso al derecho de defensa se ve fortalecido mediante la aprobación el 19 de septiembre de 1996, del Acuerdo Sobre Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática, en el cual se regula que:

> Establece el Servicio Público de Defensa Penal, para proveer asistencia a quienes no pueden contraer servicios de asistencia profesional privada. Será un ente con autonomía funcional e independencia de los tres Organismos del Estado, que tenga la misma jerarquía en el proceso que el Ministerio Público y que alcance efectiva cobertura nacional". (Gobierno y Union Revolucionaria, 2005)
>
> En dicho acuerdo en el apartado III de Sistema de Justicia, también se establece: (..)La necesidad de transformar el sistema de administración de justicia, ya que la misma adolece de fallas y deficiencias y falta de controles, que lo han vuelto obsoleto y lento; esto precisó que el mismo se reformara y modernizara para evitar que fuera un instrumento que promoviera la impunidad y corrupción, mediante las garantías de imparcialidad, objetividad, generalidad e igualdad ante la ley, entre otros. (Gobierno y Union Revolucionaria, 2005, pág. 53)

Esta nueva forma de administrar justicia vino a ser una oleada de inquietudes e inseguridades para quienes tenían a su cargo la administración de justicia, con mayor razón cuando se estaban creando procedimientos novedosos para el juzgamiento de los hechos criminales, y el surgimiento de actores (Ministerio Público y Defensa Pública), con atribuciones no muy claras, lo cual hacia que en un momento dado el ente acusador actuara realizando actos que correspondieran a la Defensa y viceversa, o que la judicatura tomara el papel de cualesquiera de los dos en un momento dado, menos el de ser imparcial en el juzgamiento de la causa.

Panorama que se fue aclarando en el recorrido de las constantes reformas a los procedimientos iníciales, con la participación de los demás sectores involucrados en la administración de justicia, esencialmente la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio Público y el Instituto de la Defensa Pública Penal, quienes se han tomado la tarea de capacitar y fomentar en las fuerzas de seguridad del país, el respeto a los derechos humanos y sujetar su actuar a los parámetros que contribuyan a fortalecer el juzgamiento de las personas, mediante el trato correspondiente de presunción de inocencia, evitando a la vez, vulnerar el debido proceso; sin embargo aún queda mucho camino por recorrer en busca de una adecuada aplicación de justicia pronta y cumplida.

La gratuidad de la prestación técnica del servicio público de defensa, ha sido una garantía esencial para que quienes carecen de recursos económicos, puedan tener acceso a una asesoría jurídica técnica, inmediata, humana y de calidad, que les permite contar con un mecanismo para hacer valer su presunción de inocencia, siendo una garantía ante el posible abuso de poder que pudiere darse en la detención de la persona que es sometida a un proceso penal, así como en cada una de las etapas procesales.

El mandato no hace distinción de personas, ya que sin importar el estrato social al cual pertenezca, en caso de carecer de recursos económicos para sufragar los gastos de un abogado, puede tener acceso a la prestación del servicio gratuito de defensa pública penal, sujetándose a las condicionantes que permitan en un momento dado en caso de mejorar de ingresos o condiciones, poder sufragar mediante arancel el gasto que ocasionó su defensa.

- **Concreción del mandato**

Como todo proceso incipiente, la concreción del derecho de defensa, ha sido infructuoso, ya que si bien, para las personas que se encuentran sindicadas de la comisión de un hecho criminal, es primordial contar con tal servicio, para visualizar la posibilidad de convencer a la judicatura de su inocencia y obtener su libertad; en el contexto social y político, tal necesidad no ha sido recibida con el mismo

sentimiento, ya que la prestación del servicio ha tenido cortapisas en comparación con otros actores de la administración de justicia, a quienes el Estado y la Comunidad Internacional les apoyan con el beneplácito de los recursos necesarios para su expansión y funcionamiento.

Al contar el Instituto de la Defensa Pública Penal, con una normativa que le restringe el expansionismo y que en igualdad de condiciones pueda obtener recursos económicos, humanos, técnicos e infraestructura, ha vivido constantes momentos de crisis financiera, sin embargo ello no ha sido limitante para cumplir con eficiencia, esmero y entrega la protección de los derechos de grupos vulnerables (indígenas, mujeres, adolescentes, adultos mayores, grupos transexuales etcétera), que se ven involucrados como supuestos actores de la comisión de hechos criminales.

Esfuerzo que no ha sido suficiente ya que las condiciones económico-sociales del país, tienden a inducir a las personas a cometer hechos ilícitos, lo que ha producido un incremento en el flujo de las causas que ingresan al Organismo Judicial, sobrepasando la capacidad física y mental de los profesionales con que cuenta el Instituto de la Defensa Pública Penal, quienes a pesar de ello mantienen una buena disposición de servicio, con lealtad y esmero constante.

Se tienen noticias alarmantes las que son publicadas en medios de comunicación social, como los siguientes: “Juez escuchará a 45 procesados, se incluye a ex binomio presidencial del PP”, “MP indaga despojo de 350 propiedades, asesinó a profesora que denunció” “Policías cometen ilícitos, se Investigan a 155 en Xela” (Prensa Libre, 2016)

- **Evolución del mandato**

Si bien el servicio público de la Defensa Penal fué el génesis sobre el cual se promovió la concreción del derecho de defensa, debido proceso y presunción de inocencia, ello motivó a la vez que se buscaran nuevos esquemas que permitieran una mayor amplitud del servicio y fortalecimiento de la institución como tal, por lo que surge a la vida jurídica el Instituto de la Defensa Pública Penal, con plena autonomía de

funcionamiento, cuyos fundamentos filosóficos (gratuidad, no discriminación, eficiencia, efectividad, honorabilidad etc.), le han permitido ser partícipe activo en la promoción de elemento humano calificado, teniendo incidencia su participación en el ámbito social, lo que ha permitido que se amplíe la visión que tiene la sociedad de la función que desempeña.

Esto ha obligado a que los abogados adquieran los conocimientos que les permitan especializarse en la diversidad de conductas criminales, no solo en cuanto al tipo en sí, sino en sus especificidades, a efecto que los argumentos que sustentan su antítesis, sean eficientes y eficaces, en la búsqueda de influir en el ánimo del juzgador, para crear la duda razonable y así lograr el mejor beneficio para el patrocinado.

El derecho de Defensa Pública Penal, ha generado desde su inicio desconfianza y desasosiego en el ánimo de algunos espectadores de la administración de justicia, por lo que el apoyo que se le debe brindar para su funcionamiento, encuentra cortapisas de toda índole, por quienes se ven afectados por la comisión de hechos criminales o las autoridades que se ven supeditadas a resguardar la seguridad ciudadana.

La Defensa Pública ha sido protagonista en la promoción y protección de los derechos que la Constitución y demás leyes otorgan a los sindicados, siendo un ente activo social, político y cultural, en el desarrollo del reencauzamiento de quienes se encuentran cumpliendo condena, para contribuir a su reinserción social, involucrándose en forma tesonera en crear condiciones que permitan cambiar los estigmas y prejuicios culturales que persiguen limitar la libertad o la rehabilitación de los condenados.

Esto se ha logrado impartiendo capacitaciones a diferentes instituciones, y participando activamente en foros, mesas redondas, congresos, etcétera, encontrando el apoyo somero pero efectivo de instituciones tanto nacionales como internacionales que propugnan por el mismo fin (USAID, MINUGUA y algunos otros).

Se ha involucrado también en la creación de normativas entre las que se pueden mencionar los Decretos Institucionales 7-2011 y 18-2010, mediante los cuales se persigue

agilizar el trámite del proceso penal y sus incidencias, así como los criterios a implementar en cuanto a la participación de cada una de las partes y la judicatura, a manera de viabilizar la eficacia de los principios procesales de economía, oralidad, celeridad, publicidad, inmediación, entre otros, buscando posibilitar el acceso y concreción oportuna de los requerimientos según lo consideren la defensa y el órgano acusador.

Uno de los espectros trascendentales ha sido la constante presencia que ha tenido el Instituto de la Defensa Pública Penal, ante los órganos que conforman el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (Comisión de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como en organismos e instituciones relacionadas a tales derechos), para reclamar la violación de derechos, esencialmente el resguardo a la vida e integridad de la persona; en los casos de pena de muerte, participación que ha sido contundente al conseguir que los órganos de justicia, dejaran de aplicarla, como consecuencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolviera en uno de sus fallos, que no podrá aplicarse la pena de muerte como consecuencia que no se encuentra en el ámbito guatemalteco ningún órgano designado para conocer el recurso de gracia, como derecho extraordinario, para la protección al debido proceso y la presunción de inocencia.

No ha sido fácil para las autoridades del Instituto de la Defensa Pública Penal, cumplir con la demanda que hace la población de ser atendida en forma oportuna, ya que la judicatura encuentra justificaciones de toda índole para detener o prolongar el diligenciamiento del proceso, evadiendo la responsabilidad de aplicar justicia en forma pronta y cumplida, al emitir resoluciones que carecen de toda realidad jurídica como lo es la utilización constante en caso de suspensión de audiencias de la frase “por imposibilidad material”, expresión que nada dice y que puede contener una o ningún motivo de sustento jurídico.

Esta práctica constante se ha enraizado en el sistema judicial, llegando a elevar la mora judicial, ya que cada resolución emitida de esa manera, es un expediente más

sin finalizar, lo que sumado al ingreso diario de causas nuevas, sobrecargan el que hacer de la judicatura y de las partes procesales, creando gastos innecesarios e inseguridad jurídica al sindicado, sus familiares y a las instituciones que forman parte de la administración de justicia.

El desempeño de la defensa técnica y la salud de los profesionales se han visto menguados, debido a la carga excesiva de casos con que se cuenta, lo prolongado de las audiencias de debate, las diversas actividades personales que en su desarrollo tiene cada profesional, el cumplimiento de actividades administrativas, han hecho mella en la salud tanto física como emocional de los y las profesionales. Ello ha provocado constantes ausencias por padecimientos de salud o la búsqueda de un mejor ambiente laboral.

- **Expectativas del mandato**

Desde su creación se ha visto como se ha ido fortaleciendo la función delegada al Instituto de la Defensa Pública Penal, al irse expandiendo la prestación del servicio a otros rubros, incluyendo su participación en la concreción de políticas que tienden a mejorar el acceso a la justicia mediante un debido proceso, velando además porque se garantice por las fuerzas de seguridad del Estado la vida, la seguridad e integridad de quienes son señalados de la comisión de algún hecho criminal, cuya inocencia prevalece hasta que un fallo judicial declare lo contrario.

Esto ha sido posible debido a una constante concientización a los sectores sociales y políticos del rol que tiene en una sociedad democrática, en la que en igualdad de condiciones sin discriminación alguna, toda persona tiene el derecho de tener acceso a la justicia, pero mediante la garantía que se respeten los derechos inalienables de las personas.

El profundo sentimiento de cambiar los cimientos de la forma como se venía impartiéndo la aplicación de justicia en Guatemala, ha motivado a que los Abogados, sean acuciosos, suspicaces y creativos al plasmar la antítesis que servirá de asidero para convencer a la judicatura de la existencia de una duda razonable,

de manera que busca la aplicación del mejor beneficio para el sindicado.

Se puede visualizar con base en los acontecimientos producto de su nacimiento, que le espera un futuro prometedor como parte integrante en la administración de justicia, estando cada vez más fortalecida en todos los ámbitos, ya que su crecimiento ha ido lento pero vanguardista.

Son profesionales con la voluntad de sortear cualquier obstáculo que limite la libertad personal, ante una sindicación injusta, mediante la fiscalización de los actos propios del proceso penal, como lo es, lo atinente a la aprehensión, el juzgamiento, la condena y la ejecución de la misma, así como los beneficios devenidos como parte de la redención de la pena.

El Estado se ve obligado mediante la ratificación de Convenios y tratados de carácter internacional, a respetar (someter sus actos a la ley) y garantizar (crear las condiciones necesarias para el cumplimiento de dicha normativa), esencialmente aquella que lleva inmerso lo relativo a derechos humanos tanto individuales como sociales, entre estos lo referente al derecho que tiene la persona de asistirse de un Abogado Defensor, que vele porque se le garantice el disfrute a un proceso en igualdad de condiciones, bajo los procedimientos pre establecidos, en resguardo a su presunción de inocencia y debido proceso.

Es así como el derecho internacional de los Derechos Humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Carta de la Organización de Estados Americanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre entre otros) es piedra angular para que quienes administran justicia, sometan sus consideraciones a lo que tal normativa regula, esencialmente lo referente a los argumentos vertidos por Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que si bien las resoluciones de la primera no son vinculantes, si se ha visto la voluntad política con que la misma es considerada esencial para poder dar credibilidad y viabilidad a los compromisos adquiridos por el Estado, prueba de ello han sido los

casos en los cuales se ha solicitado la aplicación de medidas cautelares o la no imposición de la pena de muerte.

En consecuencia toda persona que es sometida a un proceso penal, mediante la actuación del Instituto, ve fortalecida la posibilidad de no quedar en desamparo ante una sindicación, ya que tiene acceso a asistirse de defensa técnica, desde antes que se concretice la sindicación.

El convencimiento personal de la calidad que se sustenta, la experiencia y profesionalismo de los defensores, seguirán siendo punta de lanza en el adecuado juzgamiento de la persona que es sometida a un proceso penal, el cual debe sujetarse a los preceptos constitucionales y legales, ya que tal omisión, incidirá en el actuar y alegato oportuno, de quienes tienen encomendada la tarea de proteger y garantizar el derecho de defensa.

Se han venido haciendo esfuerzos por cambiar la normativa que rige el que hacer del Instituto de la Defensa Pública Penal, ya que limita a la autoridad el poder avanzar en la prestación del servicio a nivel nacional, lo que le deja en desventaja en cuanto a su funcionamiento y expansión en relación con las demás instituciones que conforman el sector justicia.

Para lograr tal fin se ha planteado ante la Corte de Constitucionalidad una acción de inconstitucionalidad de la ley de carácter general, parcial del artículo 20 del Decreto 129-97 del Congreso de la República, Ley del Servicio Público de Defensa Penal, el cual fue declarado provisionalmente inconstitucional, según resolución de fecha treinta de junio de dos mil dieciséis dentro del expediente 3076-2016, situación que permite temporalmente palear la necesidad imperante de obtención de recurso humano, ya que limita a tener únicamente a veinticinco Abogados Defensores en el área metropolitana.

Solo obteniendo el reconocimiento por el Estado de un tratamiento en igualdad de condiciones, como parte integrante del Sector Justicia y el reconocimiento social de la necesidad de la labor que desempeña el Instituto, se hará realidad el pensamiento del legislador originario, que visualizó una sociedad más justa, equitativa y respetuosa, donde gobernantes y

gobernados sometan su actuar al imperio de la ley, cuyos preceptos si bien son creación humana, y puede tener falencias, es el medio que se tiene para conciliar las pasiones humanas, la cual si bien en determinada época, surgió bajo determinadas condiciones sociales, mientras mantenga su vigencia estemos o no conformes con su contenido, es la herramienta que nos permite alcanzar nuestros ideales y mantener la paz social.

Bibliografía

- (3 de junio de 2016). *Prensa libre*.
- Aparicio, López, Garcia & Solorzano. (2000). *Prisión Preveentiva* (Primera ed.). Guatemala: CromoGrafica.
- Aparicio, N. L. (2000). *La Prision Preventiva.* Guatemala: CromoGrafica.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1985). Constitución Política de la República. Guatemala.
- Congreso de la República. (1992). Codigo Procesal Penal, Decreto 51-92. Guatemala.
- Gobierno y Union Revolucionaria. (2005). Acuerdos de Paz. 53. Guatemala.

LA PRUEBA EN ALGUNOS DELITOS SEXUALES EN SOLEDAD

Lic. Otto Haroldo Ramírez

La prueba en algunos delitos sexuales en soledad

Lic. Otto Haroldo Ramírez

1. Exordio al tema.

"Al analizar la declaración de la víctima Josefina Aburto López, el dictamen psicológico emitido por el perito José Luis Arrazola Villagrán, en el cual se establece que el daño psicológico que tiene la víctima concuerda con el agente estresante al que la misma hace alusión en su declaración, es decir, que el día dos de enero de dos mil dieciséis a las dieciocho horas con cinco minutos en un camino rural de terracería ubicado en la aldea Las Lomas, de la cabecera departamental de Jalapa, el acusado la interceptó, con lujo de fuerza la internó en unos matorrales y abuso sexualmente de ella, introduciendo el pene en su vagina, incluso el psicólogo analiza la versión de la víctima y llega a la conclusión que las deposiciones de la misma son verídicas, y que revisten de absoluta verdad; y el dictamen médico forense emitido por el doctor Manuel Arturo Alvarado Arrecís, que refiere que en efecto hay desfloración antigua, pues evaluó a la víctima diez días después del hecho, se considera antigua una desfloración cuando han transcurrido más de treinta y seis horas, se alcanza la certeza jurídica y probatoria, para afirmar que se ha cometido el delito de violación, puesto que siendo este de los delitos llamados en la doctrina delitos en soledad, al concatenar la prueba recibida, y analizarla en su conjunto, queda probado que el acusado Gustavo Manuel Arriaza Guillermo, es penalmente responsable del delito de Violación, cometida en agravio de Josefina Aburto López..."[1]

2. Conceptos: Delito. Soledad. Libertad Sexual. Indemnidad Sexual.

Siguiendo la teoría secuencial que cita Muñoz Conde (2004), el delito

[1] El presente se refiere al análisis realizado por un tribunal en un Caso Real, pero con nombres ficticios tanto de las personas, como de los lugares, a efecto de no comprometer la identidad de las víctimas. Se copia textualmente el mismo con el objeto de analizar la los elementos del tipo, los hechos y las pruebas, en los delitos en soledad. Lo indicado anteriormente, es una alusión a muchas experiencias sobre el tema, cuando el juez, analiza la prueba que se da en lo delitos sexuales, los que según se ha leído en algunas sentencias, pertenece a los llamados delitos en soledad. Y por ende por ser la victima la única testigo del hecho, tiene pleno valor probatorio para la condena.

es la acción típicamente antijurídica, culpable y punible, indicando que con la ausencia de uno de esos elementos positivos, no se puede secuenciar el siguiente elemento. Los llamados delitos en soledad caben dentro de esa teoría secuencial para poder adecuar los hechos a los tipos penales, mediante esa operación sustantiva.
El RAE 23ava. Ed. (2014), define al concepto soledad, como la carencia voluntaria de compañía, en un aspecto más genérico que el anterior, como el lugar que es desierto o bien una tierra no habitada.

Entonces en su sentido más amplio, no precisamente se pretende construir una tesis sobre esta clase de delitos, pues no es el objeto de este tema, se puede afirmar que el delito en soledad es la conducta contraria a la ley penal que el autor comete en contra de la víctima que carece de compañía en el lugar del crimen o bien que se encuentra con el victimario en un lugar desierto o deshabitado.

Los delitos en soledad pueden ser variados, un crimen sexual puede ser en soledad o no, puede un asesinato ser en soledad o no. El caso es que las circunstancias del hecho sean de tal naturaleza que la víctima no pueda ser auxiliada, porque su condición es tal, que no se dan los elementos facticos para ser auxiliada.

GT interinstitucional, Uruguay, (2014) cita a Krug, (2003:161, OMS), quien explica que la violencia sexual se entiende como todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de ésta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo.

En cuanto a la libertad e indemnidad sexual, Mañalich (2014) refiere que a tal respecto, la distinción sistemáticamente capital sería aquella entre delitos que lesionan la libertad (o autonomía) sexual de la víctima en cuestión, por un lado, y delitos que lesionan su indemnidad (o intangibilidad) sexual, por otro. En lo que sigue, esta propuesta de reconstrucción de la regulación, por postular una duplicidad de objetos

de protección, será designada como el “esquema dualista.

En la libertad sexual se lesiona directamente y materialmente a la víctima pero en la indemnidad, la lesión es más de pulcritud sexual. Aunque en algunas ocasiones ambas pueden fusionarse, tal es el caso de la pornografía infantil cuando hay relaciones sexuales, en donde hay violación a la libertad y también a la indemnidad sexual.

A partir del artículo 173 del Código Penal, están definidas las hipótesis normativas que se refieren a la protección y sanción de la libertad e indemnidad sexual.

3. La prueba

Este es el tema que se quiere dejar constancia en cuanto a algunos delitos sexuales en soledad, pues los tribunales deben tomar como criterio que la declaración de la víctima por ser en soledad, es la prueba absoluta, olvidándose que deben tomarse en consideración muchos otros aspectos.

Para Osorio (1987) la prueba es el conjunto de actuaciones que sirven para demostrar la verdad o falsedad de las pretensiones de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas.

3.1. La Carga de la Prueba.

Se trae a colación el principio de inocencia, y se piensa que por eso, se considera inocente al acusado y es el ente fiscal el único encargado de probar su tesis, de no probarla, entonces el acusado es inocente, pero no es así en absoluto. Según el artículo 343 del Código Procesal Penal, tanto el ente fiscal como la defensa tienen el derecho de proponer sus pruebas, pues en las mismas circunstancias se diligenciaran para probar sus respectivas tesis. Ello significa que la defensa al ofrecer pruebas esta rebatiendo la tesis del contrario, por lo tanto no se debe establecer como absoluto el principio de inocencia, sino como un derecho que tiene el acusado de contradecir al contrario.

3.2. El hecho notorio.

Siendo que este se estima como el que no necesita ser probado, la Sala Constitucional el Tribunal Supremo de Justicia, de Venezuela mediante la sentencia No. 98 de 15 de marzo

de 2000, y otras ha hecho diferencias entre hecho notorio, hecho comunicacional y hecho notorio judicial, pero en todos hace especial referencia a la prueba en el hecho notorio, pues cuando es de sobra conocido el hecho, es innecesario probarlo, como que hay bebidas gaseosas, eso no es necesario probarlo en un proceso en donde se diga que el acusado bebía una agua gaseosa, todos las conocen. En Guatemala por ejemplo en el proceso de casación 202-2010 el tribunal de casación, indica que no es necesario probar que en un conflicto armado donde se declara culpables a los acusados, sea necesario probar que las víctimas sufrieron al ser asesinadas, para los efectos de resarcir el daño moral, pues es notorio que la muerte causa sufrimiento.

Este tema tiene relevancia para este propósito de este documento, porque en casos de delitos en soledad[2] aceptar como notoria la responsabilidad de un acusado o promoverla judicialmente, constituye una aberración jurídica, pues en la plataforma fáctica hay hechos y todos en su conjunto al ser probados constituyen la plana de certeza jurídica.

Desde ningún punto de vista se puede aceptar como notoria la responsabilidad del acusado, si se puede en cuanto a ciertos hechos, por ejemplo que era un día soleado, que ese día era el desfile del quince de septiembre, etc.

3.3. Fuerza probatoria

Al inicio de este documento se da un ejemplo tomado de algunas sentencias emitidas por tribunales de sentencia en casos de delitos sexuales, que han sido ubicados como parte de los llamados delitos en soledad. El objetivo del mismo es analizar la fuerza probatoria que

[2] Aunque en otros muchos casos también se da, porque muchos jueces interpretan el concepto del hecho notorio y lo equiparan con la culpabilidad o responsabilidad del acusado, esto es, que hablar de hecho notorio es hablar de responsabilidad penal, olvidando que conforme el artículo 184 del Código Procesal Penal, estatuye quecuando se postule un hecho como notorio, el tribunal, con el acuerdo de todas las partes, pueden prescindir de la prueba ofrecida para demostrarlo, declarándolo comprobado, pero no dice, se podrá declarar la responsabilidad penal de acusado, sino que se refiere a un hecho en particular, no a la subsunción de los hechos a los tipos penales, sino hay que ver el aspecto regulado en el artículo 388 del Código Procesal Penal cuando estatuye que la sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y el auto de apertura del juicio, nótese que se refiere a ^^hechos o circunstancias^^, por ende la plataforma fáctica acusatoria contiene hechos y circunstancias, no UN HECHO, como mal se quiere hacer creer, en absurdo de interpretación e interpretaciones.

debe tener el órgano probatorio en estos casos, y que debe establecerse un parámetro constitucional para su aplicación. Como se dijo en la doctrina este tipo de hechos son considerados o llamados delitos en soledad, porque en la mayoría de los casos la víctima es el testigo presencial porque es la única que se entera de la situación, pero el hecho que sean delitos en soledad, no convierte a la declaración de la víctima como la prueba única, pues de ser así cualquier persona puede señalar de violación a cualquier otra y sin que haya esa conexión de los delitos en soledad, se le condenaría, esto porque para que se dé probado el delito en soledad se deben tomar en cuenta tres factores a saber: *la víctima, la prueba correlacionada y el contexto,* de la siguiente manera:

a. La víctima:

Entiéndase como tal según Rodríguez Manzanera (2007) a la persona sobre la que recae la acción criminal, en el delito sexual en soledad, para los efectos de la prueba directa es la persona que directa y materialmente sufre el daño en su integridad, este caso de los delitos en soledad la versión de la víctima es sumamente importante porque es la única testiga o testigo que se tiene y por lo tanto su versión será un factor necesario para poder conocer la verdad real e histórica de los hechos.

Y en efecto, en todos los procesos penales, conforme el artículo 182 del Código Procesal Penal, que se puede probar por cualquier medio de prueba permitido, siendo los que no son permitidos conforme los artículos 183 y 343 del cuerpo legal citado, los ilegales, impertinentes, innecesarios, abundantes etc., sobre todo por la relación que se tenga de la versión primaria de la víctima con el resultado del hecho y la concatenación que se haga de esa versión con los medios de prueba correlacionados con la declaración primaria y el contexto.

Cristóbal (2014:17) dice:

> ...en los casos en los que la declaración de la víctima sea la única prueba de cargo, el tribunal ha de comprobar tres aspectos de la misma: la ausencia de razones que excluyan o debiliten seriamente la credibilidad de la víctima-testigo, la existencia de elementos objetivos que

corroboren su versión y por último, la consistencia interna de sus manifestaciones.

En el delito de violación o agresión sexual por ejemplo, es evidente que la víctima tiene interés directo y por lo mismo su versión es cuestionable, aunque hay otros elementos como la condición social, madurez o capacidad de ejercicio, o móviles espurios como venganza por ejemplo; se une la versión de la víctima con la desfloración por ejemplo en el caso de una mujer, hay un aspecto objetivo que se puede correlacionar y robustecer su versión y en cuanto a la consistencia de su relato el mismo debe ser hilvanado, coherente, sin ambigüedades ni generalidades y sumamente detallado en cuanto a tiempo, forma, modo o lugar.

El tiempo en estos delitos, no se refiere a la hora exacta en casos como por ejemplo que sea un infante carente de raciocinio por su edad, cuatro años por ejemplo, sino que se refiere a aspectos y condiciones, era de noche o de día, oscuro o claro, había sol o no, antes o después de la hora del almuerzo, si esas situaciones no se cumplen tampoco se puede escudar en que son delitos en soledad y que distorsionan la capacidad de inferencia, ese no es argumento para condenar.

b. La prueba correlacionada:

Pueden ser otros testigos, que hayan visto a la víctima cerca del lugar de los hechos y también al victimario, o pueden ser el dictamen médico forense que corrobore lo dicho por la víctima en cuanto a la desfloración, y se dan aspectos como lesiones para genitales cerca del área genital o extra genitales como excoriaciones o moretones en los codos, las piernas, los brazos, golpes en el rostro etc. Que tengan relación con el relato de la víctima.

En muchos casos puede haber fluidos y eso genera una serie de confirmaciones con lo manifestado por la víctima.

Llama la atención que en no pocos casos el ente fiscal propone y así lo acepta y valora positivamente el juez, para condenar, un dictamen psicológico con el cual no solo se persigue probar un daño emocional sino que si el dicho de la víctima es verídico, al respecto Cristóbal (2014) dice que la prueba pericial

psicológica no se trata de una prueba o test de la verdad, sino de un estudio sobre los rasgos psicológicos de la víctima.

Un punto de refutación de la prueba psicológica como detector de mentiras se menciona en muchos dictámenes del INACIF, donde el psicólogo indica que con base en la técnica del análisis de credibilidad CBCA (análisis de contenido basado en criterios), la declaración de la víctima es creíble en cuanto al delito que indica, no obstante ese método según a Ángela Tapias y otros, del Instituto de Medicina Legal de Bogotá, en los Cuadernos Hispanoamericanos de psicología, volumen II, numero 1. Págs. 77 a 90. Se indica que ese método NO TIENE NINGUNA CONFIABILIDAD y que debe utilizarse como una guía no como prueba concluyente, pero que además deben analizarse mediante ese método 19 caracteres o variables, y en ellos analizar además una serie de NIVELES DE CREDIBILIDAD lo cual no se hizo en el examen hecho, también indican que debe establecerse la puntuación que se obtuvo con el análisis y ese aspecto no se indica en la relación psicológica que hace el psicólogo. Dice Tapias (2002):

…Actualmente se manejan cinco categorías principales con 19 criterios individuales. Características generales. Contiene las características de la declaración; estos criterios de realidad se refieren al testimonio completo:

Criterio 1. Estructura lógica.

Criterio 2. Elaboración inestructurada.

Criterio 3. Cantidad de detalles. Contenidos específicos.

Criterio 4. Engranaje contextual.

Criterio 5. Descripción de interacciones.

Criterio 6. Reproducción de la conversación.

Criterio 7. Complicaciones inesperadas durante el incidente. Peculiaridades del contenido.

Criterio 8. Detalles inusuales.

Criterio 9. Detalles superfluos.

Criterio 10. Incomprensión de detalles relatados con precisión.

Criterio 11. Asociaciones externas relacionadas.

Criterio 12. Relatos del estado mental subjetivo.

Criterio 13. Atribución del estado mental del autor del delito. Contenidos referentes a la motivación.

Criterio14. Correcciones espontáneas.

Criterio 15. Admitir falta de memoria.

Criterio 16. Plantear dudas sobre el propio testimonio.

Criterio 17. Auto– desaprobación.

Criterio 18. Perdón al autor del delito. Elementos específicos de la ofensa.

Criterio 19. Detalles característicos de la ofensa. Deben grabarse las entrevistas.

El nivel de credibilidad se determina a partir de los 19 criterios, los cuales se califican como 0, 1 o 2, siendo 0 ausencia completa de los componentes del criterio; 1 presencia de las características del criterio y 2 fuerte presencia de los componentes del criterio. Por lo tanto, la puntuación máxima que un relato puede obtener es de 38 puntos; para obtener el concepto final, se debe tener en cuenta la siguiente escala: de 1 a 13 poco creíble; de 13 a 26 medianamente creíble y de 26 a 38 altamente creíble.

Nótese que siempre se habla de “credibilidad” y esa es la confusión en la judicatura, pues al preguntarle al psicólogo sobre la credibilidad, siempre dirá que si tiene, pero no explica los grados o niveles de la misma, en qué sentido y sobre todo que no es confiable esta prueba para un proceso legal. No puede un método de detección de mentiras por un tercero, ser la prueba en un proceso penal.

Pueden suceder casos en que la víctima no denuncia a tiempo y por lo tanto no se dan las pruebas directas que se correlacionen con su versión y ahí es donde tiene que ver mucho el tercer factor o elemento de los delitos en soledad, esto es, el contexto.

El contexto en ese caso tendrá que ver porque es posible que no haya denunciado debido a que tiene un profundo temor y por eso no lo hizo en tiempo o bien porque en ningún

momento sucedió el hecho, o si sucedió la relación sexual, no fue en los términos en que se indican.

c. El contexto:

El contexto de los hechos y las pruebas, son uno de los elementos más importantes para la consideración sobre la probanza de la acusación, sino el más importante en esta clase de delitos, es ese parámetro contextual el que fijará la verdad o falsedad de la declaración de la víctima. Esto porque en todos los casos hay situaciones que pueden confirmar o desvirtuar la imputación fiscal, aunque pareciere que todo está debidamente probado. Muchas veces resulta que la acusación es solo una relación psicológica, pero no lógica y al ser psicológica, pareciere que tiene una hilvanación certera, lo cual resulta falaz, ambiguo, compuesto para parecer un razonamiento cierto, pero no lo es, Fuentes (2008).
Biancardi (2016) dice que el término contexto encuentra las propias raíces en la experiencia misma del tejer, en el concreto hacer del tejedor. La palabra contexto evoca entonces el tejido mismo: los hilos del tejido en tanto entretejidos, o tejidos en conjunto, y, por lo tanto, el tejido en su ser un entrelazamiento entre telar y urdimbre.

El mismo autor Biancardi (2016) sigue diciendo que el contexto no es por lo tanto concebible, imaginable, o describible como separado, apartado, independiente, autónomo, con respecto de aquello que haría de contexto. Al contrario: es el resultado de la historia de las relaciones entre los componentes que hacen de contexto – un resultado siempre vivo y en evolución, articulado, redefinible, provisorio, pero dotado de características emergentes, que enmarcan, contribuyendo a definir el significado, las relaciones mismas que lo comprenden.

En el hecho el contexto debe correlacionarse con los dos elementos o factores anteriormente indicados o sea la víctima y la prueba correlacionada, así:

- Qué relación ha habido entre la víctima y el victimario, o sus respectivos parientes (ha habido problemas, amistad, etc.). Hay casos en que la víctima refiere haber sido violada solo porque sufre presiones de sus familiares o simplemente porque el

acusado no es de su agrado, por ejemplo fue su novio o esposo y tuvo una mala relación sentimental.

- En qué condiciones se cometió el hecho, fue en un lugar alejado totalmente de la ciudad, o cercano a ella. Es un lugar en donde regularmente se cometen toda clase de delitos o en su caso es alto el índice de delitos sexuales.
- La persona de la víctima es profesionista o no, es de la ciudad o del área rural.
- El testigo es pariente de la víctima o del victimario o en su caso qué relación pre delictiva del victimario tiene.
- Los métodos utilizados para la prueba pericial son los universalmente aceptados o en su caso son los idóneos para ese tipo de delitos, hay algún protocolo que se explique para la realización de la pericia.

Debe preguntarse siempre y analizar conforme las pruebas, el contexto del hecho y de las pruebas, pues no es lo mismo que a una persona la viole un desconocido en un camino solo y lejano y además que la amenace con que no diga nada y que la víctima sea una persona con conocimientos científicos y jurídicos a que se le haga a una víctima pobre y con desconocimiento total tanto de aspectos jurídicos como de relaciones sociales que puedan darle luz sobre el proceder ante un acto como de esta naturaleza.

Casos como una víctima con un abandono total de apoyo social, familiar o de amistad sea violada y otra víctima que tenga apoyo familiar, social y/o de otra índole que le den cualquier apoyo en su vida diaria. Ese aspecto contextual debe ser analizado conforme la sana crítica razonada al momento de evaluar la prueba, porque si no es así, cualquier persona puede ser acusada de una violación o un delito en soledad y solo con la versión de la víctima ser condenado.

Pueden coincidir algunos aspectos de su dicho con la prueba, pero eso no significa específicamente que la persona señalada es la responsable, que pasa si la víctima no dice la verdad, o se ha equivocado, pero como es delito en soledad entonces debe creérsele, claro que eso no es así, pues para eso deben analizarse detenidamente los tres elementos anteriormente mencionados, sobre los delitos en soledad.

Todo lo anterior significa que la versión de la víctima *prima facie*, es importante, pero la misma debe ser corroborada con la prueba correlacionada y mucho más importante el contexto, la ausencia de relación contextual tanto en la acusación como en el razonamiento del juez, coloca en situación de vulneración de derechos del acusado.

Bibliografía

- **Biancardi**, M. (2016) Traducción libre de Ignacio Célèry S., Psicólogo Clínico de la Pontificia Universidad Católica de Chile (2009). BIANCIARDI MARCO, psicólogo psicoterapeuta, es Director del Centro de Terapia Familiar del A.R. USL 4 de Torino y Docente del Centro Milanés de Terapia de la Familia. http://win.associazioneculturaleepisteme.com/articoli/Complejidad_concepto_de_contexto_(Bianciardi).pdf. Consultado el 01-07-2016 a las 22:32 horas.

- **Cristóbal**, L. (2014) La declaración de la víctima en el procedimiento por violencia de género. Universitat Pmpeu Fabra. Barcelona.

- **Diccionario** de la Real Academia de la Lengua Española. (2014). 23 ava. Edición. Madrid. España.

- **Fuentes**, I. (2008) Derecho y Lógica. Unifocadep. IDPP. Guatemala, Guatemala.

- **Krug**, (2003:161, OMS). Citado por GT interinstitucional, Uruguay, (2014). Violencia y Delitos Sexuales. Uruguay.

- **Muñoz Conde**. (2004) Teoría general del delito. Segunda reimpresión 2ª. Edición. Ed. Temis. Bogotá. Colombia.

- **Manalich**, R. (2014). Revista Ius et Praxis, Año 20, Nº 2, 2014, pp. 21 - 70 ISSN 0717 - 2877 Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales “La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno Una reconstrucción desde la teoría de las normas”.

- **Osorio**, M. (1987) Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Editorial Heliasta. Buenos Aires. Argentina.

- **Tapias**, A.*et al*, (2002). Validación de la técnica " análisis de contenido basado en criterios" para evaluar la credibilidad del testimonio en menores presuntas víctimas de delitos sexuales, que asisten a la unidad local de atención al menor (Ulam) del instituto nacional de medicina legal y ciencias forenses, en Bogotá. Instituto de Medicina Legal de Bogotá, en los cuadernos hispanoamericanos de psicología, volumen II, numero 1. Págs. 77 a 90.

LA CADENA DE CUSTODIA EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO

Licda. Ruth Del Águila Guzmán

La cadena de custodia en el proceso penal guatemalteco

Licda. Ruth Del Águila Guzmán

El Proceso Penal Guatemalteco tiene como objeto la averiguación de un hecho señalado como delito o falta, y de las circunstancias en que pudo ser cometido; el establecimiento de la posible participación del sindicado.

La forma de cómo se da la investigación se observan deficiencias del manejo de la cadena de custodia, derivado a que se incurren en graves errores técnicos, en los que se pueden mencionar, la falta de pericia del manejo, contaminación de la escena, mal manejo al momento de recolección embalaje, archivo y almacenaje de evidencia, lo que debe de tener un manejo científico para poder determinar una verdadera investigación de los hechos y averiguación de la verdad, de cómo sucedieron los hechos.

La cadena de custodia es el mecanismo a través del cual se asegura que la cosa o cosas incautadas o recolectadas dentro de una escena del crimen no sean alteradas o cambiadas por otras, para garantizar el debido proceso.

Es el procedimiento controlado que se aplica a las evidencias materiales relacionadas con el delito, desde su localización y hasta su valoración por los encargados de administrar justicia y que tiene como fin no viciar el manejo de las evidencias y así evitar alteraciones, sustituciones, contaminaciones o destrucciones.

En Guatemala no se cuenta con un código de evidencias, ni regulación ordinaria para el procesamiento de la escena del crimen, existiendo nada más un Manual de Normas y Procedimientos para el Procesamiento de la Escena del Crimen del Ministerio Público, que data del año dos mil trece, y además si existen prácticas parcialmente aceptadas por los sujetos procesales en cuanto a la recolección, lo cual genera inseguridad jurídica acerca del mantenimiento original o alteración de los mismos; hay duda acerca de la persona que debe iniciar la cadena de custodia, su continuación y terminación; hay además, duda acerca del lugar donde debe iniciarse la cadena de custodia y las

formalidades para el debido embalaje de las evidencias, guarda, custodia y presentación de la prueba, esto lleva consigo una serie de problemas para la persona que se encuentra sindicada e inclusive para la víctima.

El camino de la prueba depende en mucho de las fases procesales: cuando es encontrada por el órgano investigador se le denomina evidencia o medio de investigación, seguidamente esas evidencias deben ser sometidas a peritajes y análisis científicos, posteriormente son almacenados y resguardados, luego de ello son ofrecidos como medios de prueba, para luego ser presentados ante los juzgadores, durante el debate son cuestionados por las partes adversarias, previamente a emitir sentencia el órgano jurisdiccional competente los valora, luego de la sentencia se debe resolver su destino según las reglas del comiso, a todo esto se le denomina camino de la prueba, y es durante ese camino y para asegurar el debido proceso, que la cadena de custodia toma especial relevancia.

En los procesos penales guatemaltecos se refuta la veracidad de la prueba fundamentados en que no se llevó a cabo una debida cadena de custodia de las evidencias, lo anterior se debe a que la falta de regulación legal, deja a la discreción de interpretaciones parcializadas el procedimiento que debe llevarse a cabo para desarrollar apropiadamente la cadena de custodia.

La regulación mediante un código de evidencias, como ley ordinaria del procedimiento para encontrar, recabar, analizar, guardar, custodiar y presentar la evidencia material durante el proceso penal, incidiría en generar certidumbre jurídica acerca de la veracidad de la prueba, además de ser congruente con el principio de legalidad y el debido proceso.

- **La prueba**

La palabra prueba tiene múltiples significados. Por lo pronto y en su más corriente acepción, probar es demostrar que lo afirmado corresponde a la realidad. Pero también se denomina prueba al medio a través del cual el litigante presenta al juez la verdad del hecho afirmado así por ejemplo un documento dictamen de un perito,

la declaración de un testigo, la confesión, etcétera.

Finalmente esa misma voz se utiliza para hacer referencia a la actividad o procedimiento desarrollado al ofrecer o producir un medio probatorio.

Probar es aportar al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos (prueba como actividad).

Prueba judicial es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley para llevarle al juez el convencimiento o la certeza de los hechos.

La prueba "es el conjunto de razones o motivos que producen el convencimiento o la certeza del juez respecto de los hechos sobre los cuales debe proferir su decisión, obteniendo por los medios, procedimientos y sistemas de valoración que la ley autoriza."[1]

El término prueba está presente en prácticamente todas las actividades humanas. No obstante, su importancia mayor se manifiesta, como lo afirma Devis Echandía, cuando se elaboran conceptos científicos y esfuerzos reconstructivos de la vida social, en "donde adquiere un sentido preciso y especial, que en sustancia es el mismo que tiene en derecho."[2]

- **Problemática de la cadena de custodia de la prueba**

En la actualidad en Guatemala no existen dentro de la legislación una normativa ordinaria que regule en concreto el procedimiento del manejo de la evidencia, desde su inicio en la escena, ya que puede ser cambiada, modificada, alterada; corriendo el riesgo desde el momento de su recolección hasta la valoración que se le da en el órgano jurisdiccional competente que contenga vicios ya que muchas personas tienen acceso a la evidencia. Cabe aclarar que el Manual de Normas y Procedimientos para el Procesamiento de la Escena del Crimen, del Ministerio Público,

[1] Midon Marcelo Sebastián, Mendoza Argentina, Pág. 28

[2] Cita de CafferataNores en La Prueba en el Proceso Penal. DEPALMA, Buenos Aires 1998, pág. 4

del año dos mil trece y el Manual de Recolección de Evidencias del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala (INACIF) del dos mil siete, son disposiciones que deberían de unificarse y elevarse a categoría de ley ordinaria para ser conocidas por los sujetos procesales, porque a la fecha que escribo este artículo, son documentos que solamente los fiscales y personal del INACIF conocen. Los aludidos Manuales deberían mejorarse, y crear el código de evidencias.

- **La cadena de custodia**

Se encuentra fundamentada en el debido proceso. De tal manera, que desde ese punto de vista se define como: "El procedimiento controlado que se aplica a los indicios materiales relacionados con el delito, desde su localización hasta su valoración por los encargados de administrar justicia y que tiene como fin no viciar el manejo que de ellos se haga y así evitar alteraciones, sustituciones, contaminaciones o destrucciones."[3]

Según Jorge Badilla la cadena de custodia se define en los siguientes términos: "Es el procedimiento de control que se aplica al indicio material relacionado con el delito, desde su localización por parte de una autoridad, hasta que ha sido valorado por los órganos de administrar justicia y deja de ser útil al proceso, y que tiene como fin no viciar el manejo que de él se haga para evitar alteraciones, daños, sustitución, contaminación, destrucción, o cualquier acción que varíe su significado original."[4]

Extracción adecuada de la prueba: El procedimiento e instrumentos por utilizar deben ser los idóneos, válidos y recomendados.

- **Preservación:** El medio en que es colocado debe asegurar que sus propiedades no se alteren, ya sea por circunstancias naturales o artificiales.

- **Individualización:** Debe garantizarse que el indicio este individualizado y registrado debidamente, de

[3] Arbulora Valverde, Arístides, **La cadena de la custodia**. Pág. 3

[4] Badilla, Javier**. Procesamiento de la escena del crimen**. Pág. 23

manera que no se produzca su combinación o confusión con otros del mismo u otro caso. Si es factible marcarla para su identificación, deberá hacerse constar la señal o marca que se le puso.

- **Transporte apropiado:** La calidad del transporte debe salvaguardar su integridad de manera que no sufra daños o alteraciones, ya sea por el movimiento o cambios en el medio ambiente.

- **Entrega controlada:** Debe hacerse constar quién la encontró, quién la recolectó, dónde y bajo qué circunstancias. La posesión del indicio debe estar a cargo de personas autorizadas y con capacidad técnica para manipularla sin causar alteración o destrucción.

Andrés Borbón sostiene lo siguiente: "Esta expresión lleva implícita la calidad o cualidad de la evidencia física. La custodia debe garantizar al juzgador que la evidencia física, que se le presenta en el juicio, es la misma que se recolectó en el sitio del suceso; que no ha sido alterada, cambiada o destruida; o bien, que fue analizada y se entregó su significado."[5]

El procedimiento que se debe seguir en cuanto a la evidencia en la escena, y en todo proceso de investigación, es el siguiente:

1. Recolección adecuada de los indicios.
2. Conservación adecuada de los indicios.
3. Entrega fiscalizada.
4. Etapas que debe de seguir la cadena de custodia
5. Extracción o recolección de la prueba.
6. Preservación y embalaje de la prueba.
7. Transporte o traslado de la prueba.
8. Traspaso de la misma, ya sea a los laboratorios para su análisis, o a las diferentes fiscalías para su custodia.

[5] Borbón, Andrés. El proceso de investigación criminal en el Delito. Pág. 44.

1. Custodia y preservación final hasta que se realice el debate.

En este apartado, se puede tener la evidencia completa o los dictámenes que de ella se extrajeron.

Dorado Montero, al respecto, señala lo siguiente: "En ese proceso hay que tomar en consideración que se debe dar certeza al juzgador, de que las evidencias recolectadas en el sitio del suceso y que servirán de base para dictar su resolución, son las mismas que están frente a él al momento del dictado de sentencia; es decir, darle un sentido de veracidad, no sólo a la prueba, sino a la forma en que se recolectó y procesó la misma."[6]

López Calvo, señala que: "Se puede afirmar que la cadena de custodia es un procedimiento establecido por la normatividad jurídica, que tiene el propósito de garantizar la integridad, conservación e inalterabilidad de elementos materiales como documentos, muestras (orgánicas e inorgánicas), armas de fuego, proyectiles, vainillas, armas blancas, estupefacientes y sus derivados, etc., entregados a los laboratorios criminalísticos o forenses por la autoridad competente a fin de analizar y obtener por parte de los expertos, técnicos o científicos, un concepto pericial. Su importancia reside en que garantiza el manejo idóneo de los elementos materiales de prueba desde su identificación en el lugar de los hechos, pasando por los diferentes laboratorios, hasta el envío del resultado pericial a la autoridad correspondiente."[7]

La cadena de custodia permite conocer en cualquier estado del proceso, dónde se encuentra el elemento de prueba, quién lo tiene, nombre del perito, nombre del gabinete, lo cual lógicamente garantiza la seriedad y transparencia del dictamen efectuado por expertos de los diferentes laboratorios, entregando los resultados en forma oportuna y con la calidad exigida en la investigación.

Es responsabilidad de todo funcionario que participa en el proceso de la cadena de custodia, conocer los procedimientos generales y específicos para tal fin.

---

[6] Montero, Dionisio. Apuntes de la cadena de custodia física. Pág. 6

[7] López Calvo, Peter. Investigación criminal y criminalística. Pág. 137.

Es decir, el desconocimiento de la cadena de custodia no exime de responsabilidad al miembro de cualquier institución que lo omita u olvide en determinado momento. Es así como cada uno de los funcionarios que participan en el proceso, es responsable del control y registro, pues su actuación es directa sobre las diferentes decisiones tomadas por el fiscal o juez, dependiendo claro está, de la etapa procesal.

Los funcionarios y personas bajo cuya responsabilidad se encuentran los elementos probatorios, iniciándose con la autoridad que al principio protege la escena del crimen, quien los recauda y finaliza con los diferentes funcionarios judiciales. Implica que estos elementos de prueba se mantendrán en lugar seguro y protegidos, sin que puedan tener acceso a ellos personas no autorizadas."[8]

Se efectúa sobre elementos físicos y actas en las que se ha hecho constar la existencia de elementos materiales de prueba que han sido destruidos o de difícil preservación.

Montero señala que: "Al momento de recaudar los elementos materiales de prueba, se debe dejar constancia en el acta de la diligencia original, haciendo la descripción completa y discriminada, registrando su naturaleza, lugar exacto de donde fue removido o tomado y funcionario que lo obtiene. Al requerirse un procedimiento técnico o científico, la recolección la debe efectuar personal calificado, capacitado o entrenado para estos efectos. En caso de no contarse con él, se realizará siguiendo estrictamente las reglas señaladas para seguridad personal, a fin de no destruir los elementos e impedir que se obtengan resultados contrarios o diferentes a la investigación".[9]

La cadena de custodia ejecutada en forma idónea nos proporcionará seguridad y certeza de que los indicios materiales decomisados en el lugar de los hechos sean los mismos que se han hecho llegar ante el juez.

2. Elementos básicos de la cadena de custodia

Debe de garantizar la idoneidad,

[8] Ibíd. Pág. 138

[9] Montero, Dionisio. Ob.cit. Pág. 18

inviolabilidad e inalterabilidad de los elementos materiales de prueba, y facilitar, establecer controles sobre los procesos en: la ruta seguida por muestras, documentos y oficios; las personas responsables que intervienen en la cadena de custodia; los procedimientos de transferencia y cambio de custodia; tiempos de permanencia y sistemas de seguridad de cada eslabón.

Todo elemento probatorio, sea este un cadáver, documento y/o cualquier material físico, enviados por la autoridad competente o que se origine al aplicar los procedimientos criminalísticos o médico-legales y de ciencias forenses, debe poseer el registro de cadena de custodia debidamente diligenciado.

Por lo que deberá consignarse, nombre (legible) y firma de quien recibe y entrega, fecha, hora y las observaciones sobre las condiciones y estado de la muestra, en caso de ameritarlo por presentarse inconformidades respecto a la descripción de aquella, relacionada en la solicitud.

Toda muestra, para ser devuelta como remanente a la autoridad competente, debe ser debidamente identificada. Los registros de cadena de custodia serán guardados, garantizando la seguridad y conservación de ellos.

La recepción de muestras en los laboratorios criminalísticos, médico-legales y ciencias forenses, la debe efectuar un funcionario asignado para este fin, quien conocerá los procedimientos que se han de seguir con cadena de custodia, lo cual permite garantizar la integridad, preservación y seguridad de las muestras.

3. Etapas de la cadena de custodia

El manual de recolección de indicios, expone las diferentes etapas, en los siguientes términos: La cadena de custodia comprende el conjunto de una serie de etapas que deben garantizar, con plena certeza, que las muestras y objetos por analizar y que posteriormente serán expuestos como elementos de prueba en las diferentes etapas del proceso, son los mismos que se recolectaron en el lugar de los hechos. Las diferentes etapas que la constituyen son:

3.1. Actos Previos y Resoluciones:

Los cuales deben existir en ciertos casos antes de llevar a cabo el estudio o allanamiento de la escena del crimen. A partir del momento en que el Ministerio Público tenga conocimiento de una *notitiacriminis* (noticia de la comisión de un delito) se iniciará una serie de actos de investigación como parte de la persecución penal, en aras del descubrimiento de la verdad material de los hechos. Esta serie de actos podrían ser solicitudes de allanamientos, registro de vehículos, inspecciones en el lugar de los hechos entre otros.

Lo anterior con fundamento, en el Artículo 309 del Código Procesal Penal, el cual establece lo siguiente: "En la investigación de la verdad, el Ministerio Público deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho, con todas las circunstancias de importancia para la ley penal. Asimismo, deberá establecer quiénes son los participantes, procurando su identificación y el conocimiento de las circunstancias personales que sirvan para valorar su responsabilidad o influyan en su punibilidad."

A partir del momento que se produce la comisión de un delito, sea en grado de tentativa o consumación y el órgano acusador tenga conocimiento, de inmediato se activará todo el engranaje judicial-policial para la determinación del modus operandi, así como las personas que participaron.

La Policía Nacional Civil, cuando tenga conocimiento de la comisión de un delito, deberá informarlo dentro de las veinticuatro horas siguientes a su primera intervención al Ministerio Público, todo de conformidad con lo establecido en el Artículo 51 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual establece: "La policía y las demás fuerzas de seguridad no podrán realizar investigaciones por si, salvo los casos urgentes y de prevención policial. En este caso deberán informar al Ministerio Público de las diligencias practicadas, en un plazo no mayor de veinticuatro horas, el que correrá a partir del inicio de la investigación."

Por la urgencia, las diligencias de investigación estarán fuera de la

dirección funcional. Verbigracia: ejecutar un allanamiento sin orden en los casos contemplados por la ley o cuando se trate de un acto definitivo e irreproductible, como podría ser el levantamiento de una mancha de sangre, semen, en un delito sexual. No obstante dentro de las veinticuatro horas siguientes, la policía operará bajo la dirección funcional, recibiendo las directrices de investigación pertinentes por parte del fiscal.

Asimismo el Ministerio Publico, sus solicitudes, deberán ir amparadas por el órgano jurisdiccional competente. Tal y como lo regula el Artículo 308 del Código Procesal Penal: "Autorización. Los jueces de primera instancia y donde no los hubiere, los de paz, apoyarán las actividades de investigación de la policía y los fiscales del Ministerio Público cuando éstos lo soliciten, emitiendo, si hubiere lugar a ello, las autorizaciones para las diligencias y medidas de coerción o cautelares que procedan conforme a la ley. Los jueces resolverán inmediatamente y de manera motivada las solicitudes que les sean formuladas. Para el efecto anterior, los jueces podrán estar presentes en la práctica de estas diligencias si así lo solicita el Ministerio Público y, a petición de éste, dictar las resoluciones que según las circunstancias procedan para garantizar los fines del proceso penal.

Durante la etapa preparatoria los fiscales fundamentarán verbalmente ante el juez el pedido de autorización explicándole los indicios en que se basa. En el mismo acto, a petición del juez mostrarán el registro de las actuaciones de investigación. Cuando la diligencia haya sido solicitada por la policía por no existir fiscalía en el lugar, ésta deberá informar de ello al Ministerio Público en un plazo máximo de veinticuatro horas. Puesta la persona a disposición del juez, éste deberá informarlo igualmente al Ministerio Público en el mismo plazo.

3.2. Hallazgo y custodia del escenario

Es indispensable aislar adecuadamente la escena del crimen; brindando entre otras cosas, una custodia inmediata del sitio para evitar contaminación o pérdida de elementos probatorios. Así el hallazgo del escenario es el punto de partida de la investigación penal-policial y además es la materia prima

de donde se obtendrán las evidencias físicas o materiales relacionadas en forma directa o indirecta con el delito, objeto de investigación.

Por otro lado, el punto de partida de la legalidad de la prueba, por medio de la cadena de custodia, se inicia a partir del momento de la custodia o aseguramiento del sitio del suceso.

3.3. Capacitación al personal humano

"Desde el momento en que se recibe la información de un hecho presuntamente delictuoso, la coordinación y comunicación con los policías auxiliares es un elemento de vital importancia. Suele decirse que por falta de instrucción de la policía, es muy escasa su cooperación, pues hay una tendencia de ella por hacerse cargo y llevarse los honores. Esta actitud puede proceder de la ignorancia tanto de los procedimientos legales como técnicos, siendo estos últimos los que dependen de la Policía. El oficial de investigación ha iniciado el trabajo de protección de la escena del crimen, mucho antes de cometerse el delito."[10]

3.4. El acordonado

"Una forma sencilla de proteger la escena del crimen es el acordonado. Las recomendaciones más populares se refieren al uso de la cinta, mecates y barreras naturales."[11]

3.5. La cinta de prevención

"La experiencia indica que la cinta amarilla con letreros de "No Pase" es la que proporciona la protección más segura y económica. Esta cinta es conocida con el nombre de cinta de barrera." Los oficiales que se encargan de proteger la escena del crimen se enfrentarán siempre a la interrogante que plantea la dimensión del área en que debe circunscribirse un acordonado. Se ha dicho que deben utilizarse distancias no menores a diez metros de la evidencia más lejana, cien a doscientos metros (una a dos cuadras) del centro del evento relacionado con explosivos, etc., sin embargo, debemos insistir, todo dependerá de la naturaleza del hecho. Deben tomarse en cuenta

[10] Opci pág. 60

[11] Ob cit. Pág. 60

todos los antecedentes que se tengan y el estudio previo o inspección preliminar de la escena.

El acordonado podrá ampliarse o reducirse durante el procesamiento de la escena, según los elementos que se encuentren. Normalmente, esta redefinición, de las dimensiones puede establecerse en cuanto se haga la inspección preliminar. Si el oficial de la policía, que se encuentra a cargo de la escena, cuenta con suficiente personal, deberá delegar en alguno de sus subalternos la responsabilidad de asegurar la escena para su protección. La recomendación que se está manejando actualmente para lograr un acordonado eficaz es la de utilizar la cinta a una altura entre un metro a metro treinta.

3.6. Vigilancia

"La cinta amarilla es una barrera psicológica. Los acordonados garantizan su objetivo cuando se les coloca personal para vigilarlos. Esta vigilancia consiste en la colocación de oficiales preferiblemente uniformados dentro del segundo anillo, mirando hacia el exterior."[12]

3.7. Barreras físicas

"Son aquellas que por su naturaleza física impiden o dificultan el paso de las personas. Dentro de las barreras tenemos una cerca de alambre de púas, una puerta, un portón, una zanja, etc. Estas barreras deben ser utilizadas siempre que se tenga oportunidad pues ahorran mucho material de acordonado y tiempo. Por ejemplo, si se tiene una cerca de alambre de púas, con un pequeño segmento de cinta de barrera policial se puede hacer un eficaz acordonado."[13]

- **Normativa**

En el ámbito normativo, la obligación de custodiar el sitio del suceso y por ende los indicios materiales, por parte del Ministerio Público y de la Policía, se encuentra regulado en los artículos del Código Procesal Penal siguientes:

a) La Prevención policial

El Artículo 304 del Código Procesal Penal regula: "Los funcionarios y agentes policiales que tengan noticia de un hecho

[12] Ibíd. Pág. 65
[13] Ibíd. Pág. 66

punible perseguible de oficio, informarán enseguida detalladamente al Ministerio Público y practicarán una investigación preliminar, para reunir o asegurar con urgencia los elementos de convicción y evitar la fuga u ocultación de los sospechosos. Igual función tendrán los jueces de paz en los lugares donde no existan funcionarios del Ministerio Público o agentes de la policía."

b) Facultades del Ministerio Público

El Artículo 309 del Código Procesal Penal, en su parte conducente, establece: "El Ministerio Público actuará en la etapa preparatoria a través de sus fiscales de distrito, sección, agentes fiscales y auxiliares de cualquier categoría previstos en la ley, quienes podrán asistir sin limitación alguna los actos jurisdiccionales relacionados con la investigación a su cargo así como a diligencias de cualquier naturaleza que tiendan a la averiguación de la verdad, estando obligadas todas las autoridades o empleados públicos a facilitarles la realización de sus funciones." Además, podrá disponer las medidas razonables y necesarias para proteger y aislar elementos de prueba en los lugares donde se investigue un delito, a fin de evitar la desaparición o destrucción de rastros, evidencias y otros elementos materiales.

La facultad que se indica anteriormente son propias de la cadena de custodia de la prueba, entre las cuales se destacan la protección y la preservación de la evidencia en el sitio del suceso y de hecho dichas medidas necesarias y razonables son ejecutadas por los técnicos especialistas en la escena del crimen (por su capacidad técnica) producto de la dirección funcional Ministerio Público y bajo el control jurisdiccional del juez competente.

8. Inspección preliminar y búsqueda de evidencias

Es de suma importancia una correcta administración del escenario, ya que

en el pasado se ha atribuido a desórdenes en el procesamiento de las evidencias, que en algunos casos no se hayan resuelto satisfactoriamente; o que la pureza de la evidencia haya sido cuestionada válidamente en estrados judiciales por parte de la defensa técnica del imputado. Según el manual de manejo de la prueba por parte de los especialistas en la escena del crimen, Circular número 78-05 del Ministerio Público.

Badilla, nos expone la forma en que se realiza la inspección preliminar en los siguientes términos: "Revisados los objetivos de la inspección preliminar, es importante destacar que ésta debe procurar no modificar el estado de las cosas.

En ocasiones se hace inevitable y entonces conviene dejar constancia de la escena desde el primer momento en que se acomete en ella. Fotografías preliminares, o por lo menos tomar nota de cualquier modificación es imprescindible. En un esfuerzo por causar la menor alteración, la inspección preliminar se deberá realizar procurando no pasar sobre la ruta en la que el sospechoso o los involucrados transitaron. Resulta, en algunas oportunidades, muy conveniente señalar la ruta que se siguió en esta primera inspección, de manera que todas las demás incursiones en la escena no se hagan por diversos sitios, pues de lo contrario, aumenta la posibilidad de contaminación de la escena."[14]

En el Artículo 187 del Código Procesal Penal, la inspección del escenario del crimen, se encuentra regulada de la siguiente manera: "Inspección y registro". Cuando fuere necesario inspeccionar lugares, cosas o personas, porque existen motivos suficientes para sospechar que se encontrarán vestigios del delito, o se presuma que en determinado lugar se oculta el imputado o alguna persona evadida, se procederá a su registro, con autorización judicial.

Si el hecho no dejó huellas, no produjo efectos materiales, desaparecieron o fueron alterados, se describirá el estado actual, procurando consignar el anterior, el modo, tiempo y causa de su desaparición y alteración, y los

[14] Badilla, Javier. Ob.cit.78.

medios de prueba de los cuales se obtuvo ese conocimiento; análogamente se procederá cuando la persona buscada no se halle en el lugar.

Se pedirá en el momento de la diligencia al propietario o a quien habite el lugar donde se efectúa, presenciar la inspección o, cuando estuviere ausente, a su encargado y, a falta de éste, a cualquier persona mayor de edad, prefiriendo a familiares del primero.

El acta será firmada por todos los concurrentes; si alguien no lo hiciere, se expondrá la razón. Esta norma se origina como consecuencia de la aplicación de uno de los fines del procedimiento penal, que es el descubrimiento de la verdad real, mediante la búsqueda de la prueba que acredite o no la comisión de un hecho delictivo y de quiénes figuren como responsables de los hechos punibles cometidos. En este sentido le corresponde al Ministerio Público con el auxilio de la Policía ejecutar todas las diligencias que le permitan el esclarecimiento de los hechos investigados.

9. Fijación de la evidencia

Para Arburolala fijación del sitio del suceso es: "Un conjunto de técnicas que permiten registrar todas las características, tanto generales como particulares de un lugar en donde se cometió un hecho presuntamente delictuoso."[15]

Por otro lado Montero Dionisio, sostiene con respecto a esta etapa, lo siguiente: "Esta etapa permite determinar con exactitud la ubicación y estado de los indicios que son de interés para la investigación y que han sido encontrados en el escenario del delito con posterioridad a la respectiva búsqueda. Además se facilita una eventual reconstrucción de hechos si en algún momento del proceso surge la necesidad de comprender la dinámica del hecho histórico, lo cual se podrá constatar con las precisas descripciones que deben contener los documentos respectivos. Si se combinan diversos tipos de fijación sobre la evidencia, la certeza probatoria que se pretenda establecer sobre la misma será mayor, ya que aquellos son complementarios. Localizados los

[15] Arbulora Valverde, Arístides. Ob.cit. Pág. 25

indicios dentro del escenario del crimen, las formas más comunes y legalmente permitidas para ser fijados son la fotografía, el video, el plano y el acta policial o judicial."[16]

Por su parte Badilla, con respecto a la fijación expone lo siguiente: "La fijación es un proceso por medio del cual se registra mediante fotografías, planos, actas y demás operaciones científicas aconsejadas por la Policía científica, el estado de las cosas y personas en una escena, materia de investigación policial. Mediante la fijación se garantiza, que pese al proceso y transformación a que se someterá la escena del crimen, se mantenga siempre establecido cuál fue el punto de partida del cual se derivaron las conclusiones generadas."[17]

Técnicamente se conoce como fijación porque el objetivo es mantener registrado el estado de las cosas, de manera que, si se hacen posteriores alteraciones, se mantenga establecida y clara la forma en que se encontraban inicialmente como si no se hubiesen movido.

Hay varios tipos de fijación, los cuales se detallan a continuación:

- **Fijación fotográfica**: Consiste en el registro fotográfico del estado de las cosas. Es decir, se realiza una toma general, normalmente panorámica que ayude a ubicar la escena en un contexto general.

- **Fijación escrita**: Consiste en hacer un registro escrito de la forma en que se encuentran las cosas, su ubicación aproximada y aspectos incluso de apreciación. El levantamiento de un acta con una descripción objetiva de lo que se aprecia en cuanto al hecho, las actuaciones que se realizan, por quien y ante quien están exigidas para el caso. Técnicamente la elaboración de reportes en formularios

[16] Montero, Dionisio. Ob.cit. Pág. 25

[17] Badilla, Javier. Ob.cit. Pág. 74

previamente diseñados ha sido muy utilizada, pues disminuye omisiones en la información recopilada, siempre y cuando se mantengan ciertas formalidades. Se pueden tomar notas con apreciaciones y estimaciones que emergen en el proceso de la investigación.

- **Fijación planimétrica**: Otra forma de fijación es el registro mediante un plano del estado de las cosas. Éste complementa, sobre todo, la fotografía, pues agrega varios elementos importantes, entre ellos las dimensiones, trayectorias, disposición de los elementos y su relación. Este tipo de fijación es de gran importancia durante los procesos, pues aporta con gran objetividad la ubicación y disposición de los elementos que componen la escena.

- **Fijación por video grabación**: La tecnología ha permitido el uso de otras técnicas para lograr el objetivo que busca la fijación. El elemento visual, el movimiento y la narración se unen en uno solo con el video.

- **Fijación en cinta magnetofónica**: Técnicamente este tipo de fijación resulta más práctica que la toma de notas, pues retiene mucha más información. Las descripciones son más completas e incluso, apreciaciones muy particulares sobre los hechos y sus rastros son captados en el momento, lo que ayuda al oficial a recordar detalles útiles para la preparación del caso, los informes o sus declaraciones posteriores ante los tribunales.

- **Fijación inicial:** Esta fase consiste en hacer

constar el estado de las cosas en el momento de iniciar el procesamiento de la escena del crimen. La fijación inicial se debe realizar (en la medida de lo posible) sin mostrar objetos extraños a la escena. Esta fijación se realiza conforme se aproxima a la escena del crimen, previendo que en la incursión se puedan alterar en forma accidental o irremediable algunos elementos. Conviene iniciarse al hacer la inspección preliminar, pues es de los primeros momentos en que se acomete en la zona.

- **Señalización-fijado:** Una vez localizada cada evidencia, se inicia el proceso para registrarlo. Para eso debe asignársele un número que lo acompañará durante todo el proceso. Este número se anota en una tarjeta de cartulina de aproximadamente trece centímetros de ancho por ocho de alto que usualmente lleva la leyenda "INDICIO N°" o "EVIDENCIA N°" También es posible encontrarla en la leyenda "OBJETO N°" las cuales se utilizan sobre todo para marcar los objetos de los cuales se realizan levantamientos de huellas. Con este número y con indicaciones para resaltar su presencia, tales como flechas, banderolas, siluetas u otras marcas realizadas con tiza, crayón, marcador o cinta adhesiva de color, nuevamente se fijan con fotografía y vídeo, y se dejan plasmados en el croquis y por escrito.

Los peritos lofoscopistas también utilizan flechas similares pero minúsculas que no miden más de treinta y cinco milímetros de largo por ocho o diez milímetros de ancho, para numerar cada una de las huellas. Estas flechas son autoadhesivas lo que facilita su

aplicación. Se recomienda que al aplicar la cinta de levantamiento sobre la huella, se haga también sobre esta flecha para que se adhiera, de manera que la flecha numerada acompañe a la huella en la tarjeta. Esto contribuye a disminuir el margen de error en la numeración de huellas.

En relación con la fijación por medio de video, se considera importante mencionar que podría derivarse algún conflicto si no se documenta claramente mediante actas de cronología de la manipulación y edición que de la filmación original (discos) realicen los investigadores. El soporte físico de la filmación, es en sí mismo también una evidencia, por lo que debe ser manipulado correctamente como cualquier otra prueba, debiendo quedar registrado y ampliamente expresado en la correspondiente acta, porque a través de la edición cabe la posibilidad de cercenar en forma maliciosa o accidental, hechos que eventualmente comprometan una investigación y que son de importancia para la trasparencia del proceso. A través de las actas se podrá corroborar la puridad de los procedimientos y de todos los criterios técnicos que se siguieron en la edición final del video filmación, lo mismo que el nombre de las personas que participaron en tal diligencia.

Con la fijación fotográfica, debe quedar claramente detallada la totalidad de la secuencia fotográfica (el día, la hora, el lugar, etc., en que fueron hechas las imágenes), para evitar así cualquier cuestionamiento acerca de la veracidad de las mismas. Es sumamente importante, para el momento en que se proceda a la valoración de la prueba, porque existe la posibilidad de desvirtuar una investigación o un testimonio si existen contradicciones entre lo fijado o lo descrito en el informe policial, y/o lo relatado por el testigo sobre dicha prueba; sin embargo esta etapa puede ser de gran valía si todo coincide plenamente, para así resaltar la credibilidad o confianza sobre la prueba que interese.

En el Artículo 187 del Código Procesal Penal Guatemalteco, se regula la fijación, en los siguientes términos: "… Se levantará acta que describirá detalladamente lo acontecido y, cuando fuere posible, se recogerán o conservarán los elementos probatorios útiles. …"

La prueba documental (acta) es muy importante para determinar la técnica que se utilizó en la etapa de recolección, fijación y embalaje e identificarse si hubo o no algún vicio o irregularidad, de manera que se tenga la posibilidad de cuestionar la cadena de custodia de la prueba. Además dicha acta acreditará la identidad, cantidad y calidad del indicio material recolectado en el sitio del suceso y que es el mismo que se incorporó como prueba ante las autoridades judiciales.

En síntesis y según mi criterio los abogados defensores debemos de tener el cuidado dentro de los procesos penales, para que dentro del componente de las garantías procesales, prevalezca el debido proceso, que puede ser vulnerado desde la escena del crimen por inobservancia de la cadena de custodia, hasta su presentación dentro de un debate penal.

Bibliografía

- ArbuloraValverde, Arístides. *La cadena de la custodia*. (s.e.) Editorial Marphasa Costa Rica; 2000
- Badilla, Javier. *Curso de administración y procesamiento de la escena del crimen*. (s.e.) (s.E.) Escuela Judicial, sección de capacitación del Organismo de investigación, San José, Costa Rica; Costa Rica; 1999.
- Borbón, Andrés. *El proceso de investigación criminal en el Delito*. (s.e.) Editorial Universal. Costa Rica. 2001.
- Cafferata Nores, José. *La Prueba Procesal Penal*. DEPALMA, Buenos Aires; 1998.
- López, Peter. *Investigación criminal y criminalística*. (s.e.) Editorial Temis. Colombia.; 2007.
- Midon Marcelo Sebastián, *Derecho Probatorio, Parte General* 1ª ed. Mendoza Argentina, 2007
- Montero, Dionisio. *Apuntes de la cadena de custodia física*. (s.e.) Editorial Nores. Colombia; 2002.

Legislación

- Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente de 1986.
- Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 17-73, 1973
- Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 51-92, 1992
- Ley Orgánica del Ministerio Público. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 52-94, 1,994.
- Manual de recolección de evidencias del Instituto nacional de Ciencias Forenses de Guatemala. INACIF. Guatemala; 2007.
- Manual de Normas y Procedimientos para el Procesamiento de la Escena del Crimen, Ministerio Público, 2013.

LOS ÁMBITOS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Dr. Edgar Osvaldo Aguilar Rivera

Los ámbitos de la argumentación jurídica

Dr. Edgar Osvaldo Aguilar Rivera

1. El carácter argumentable del derecho

El autor escocés Neil MacCormick considera que el Derecho tiene un carácter argumentable. Tal aseveración la explica de la manera siguiente:

"El Derecho es una disciplina argumentativa. Cualquier cuestión o problema sobre el que se piense, si es planteado como una cuestión o problema jurídico, exige una solución o respuesta en términos de una proposición que parezca correcta o al menos defendible, aunque preferiblemente concluyente, como cuestión de Derecho. Para comprobar si es correcto o genuinamente defendible o quizás incluso concluyente pensamos en los argumentos que podrían alegarse a favor de la respuesta o solución propuesta. Podemos examinar tales argumentos construyendo todos los contra-argumentos que se nos ocurran. Si esto vale para una de las partes de la discusión, debe valer también para la otra. Al reflexionar sobre lo que parece ser el argumento o argumentos más fuertes de una de las partes se comprueba la fortaleza de los argumentos de la otra. Al resolver el caso contrario hay que enfrentarse con y, si es posible, derrotar a los abogados que logren presentar sus argumentos en su mejor forma posible".[1]

Destaca pues, el papel fundamental que juega la argumentación en el ámbito de la actividad que desarrolle el profesional del derecho, según el rol o función ejerza.

2. El derecho como argumentación

Parafraseando el pensamiento de Manuel Atienza[2], el

[1] MacKormick, Neil, "*Retórica y Estado de Derecho*", traducción del inglés al español de Isabel Lifante, versión modificada del trabajo presentado al Perelman SymPosium en el 20º. World Congress in Philosophy celebrado en Boston en agosto de 1998, en Revista ISEGORÍA No. 21, Madrid, España: Revista de Filosofía Moral y Política, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Filosofía, noviembre de 1999, p. 6.op. cit., p. 6.

[2] Atienza, Manuel, "*El Derecho como argumentación*", en Revista ISEGORIA No. 21, Madrid, España: Revista de Filosofía Moral y Política, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Filosofía, noviembre de 1999, página 40.

Derecho es un fenómeno muy complejo que admite diversas perspectivas, entre las que destacan tres enfoques que históricamente han tenido y en la actualidad tienen una especial relevancia teórica.

El primer enfoque denominado *"estructural"* pretende descubrir, a partir del uso del lenguaje, los componentes que integran el sistema jurídico, lo cual conduce a establecer especialmente la existencia de diversos tipos de normas, luego se pueden identificar otros enunciados, unos que contienen definiciones y otros que expresan juicios de valor. Tal enfoque deriva en un estudio de las cuestiones siguientes: a) Se estudian las normas jurídicas en cuanto a su estructura, en cuanto a sus tipos y en cuanto a las relaciones que se establecen entre las mismas; b) Se analiza otro tipo de enunciados como los comprensivos de definiciones; por ejemplo cuando se estudia la definición de un delito en el código penal o la definición de un contrato en el código civil; c) Se estudian juicios de valor, como, por ejemplo, cuando se califican las circunstancias agravantes, las circunstancias atenuantes y las causas de inimputabilidad que se contemplan en el código penal, o bien cuando se califican las incapacidades para suceder o los vicios de la declaración de voluntad contenidos en el código civil.

Todo ello resulta útil cuando se aplican procedimientos de interpretación y de integración de las normas jurídicas en el ámbito de la aplicación práctica del derecho a casos concretos.

En otras palabras, desde el enfoque estructuralista[3] se busca identificar, a partir del uso del lenguaje, los elementos que conforman un sistema jurídico determinado, así como establecer las relaciones que

[3] En cuanto al enfoque estructuralista, Manuel Atienza expresa: "Lo que se busca es identificar o encontrar, por decirlo con una metáfora, los componentes del edificio jurídico… Podríamos decir que, al igual que la fotografía de un edificio se plasma en un pedazo de papel, el Derecho así contemplado se reduce a una serie de enunciados, a lenguaje. Si esa fotografía del Derecho es de la suficiente calidad, entonces se podrán observar las partes del edificio –con todo el detalle imaginable- como el edificio en su conjunto, es decir, cómo se ensamblan unos elementos con otros. Para quien asume esa perspectiva, de lo que se trata básicamente es de describir el edificio tal y como es, no de compararlo con un modelo ideal, y menos aún, de construir otro edificio." Ibíd. p. 37.

existen entre tales elementos. Se trata, en esencia, de describir cómo es un sistema jurídico, cómo se ensamblan e interrelacionan unos elementos con otros, lo cual excluye cualquier pretensión de comparar tal sistema con otro u otros sistemas.

El segundo enfoque denominado *"realista" o "sociológico"* acentúa la idea de que el Derecho no es sólo y simplemente lenguaje o normatividad, pues también –y esto con carácter toral- conlleva comportamiento humano y especialmente comportamiento judicial; es decir, formas de conducta con trascendencia jurídica desarrolladas por los seres humanos.

Es cierto que a este enfoque también le interesa la funcionalidad del sistema jurídico, pero su punto de partida consiste en una distinción tajante entre "lo que es" y "lo que debe ser", al extremo de que aspira a explicar o predecir el comportamiento de los operadores jurídicos, mas no a teorizar acerca de la justificación del desarrollo del derecho en función de sus fines últimos ni de sus valores fundamentales.

El tercer enfoque llamado de la *"idealidad del Derecho"*, destaca los requisitos que debiera satisfacer el "Derecho justo", desde una perspectiva *iusnaturalista*. En realidad, para este enfoque no tiene relevancia la estructura del sistema jurídico ni cómo se construye el mismo, pues lo importante radica en determinar los requisitos necesarios para crear el modelo de un Derecho justo.

A los tres enfoques mencionados, Atienza agrega otro que podría denominarse de la *"argumentabilidad del derecho"*, y al respecto expone: "*Lo que aquí me interesa destacar es la posibilidad de un cuarto enfoque que presupone, utiliza y, en cierto modo, da sentido a las anteriores perspectivas teóricas y que conduce, en definitiva, a ver el Derecho como argumentación (aunque, naturalmente, el Derecho no sea –no pueda ser- sólo argumentación*)."[4]

Ahora bien, ¿por qué destacar el "carácter argumentable del Derecho" o la "argumentabilidad del Derecho"? En adición a la explicación a tal interrogante que hace MacCormick

[4] Ibíd., pp. 37 y 38.

en los términos que explicamos anteriormente, exponemos brevemente la forma en que Atienza da respuesta a tal interrogante, dentro del marco conceptual del Estado de Derecho. Al respecto afirma:

> *"… La idea fundamental es que el ideal regulativo del Estado de Derecho es el sometimiento del poder a la razón, no de la razón al poder; ello supone que las decisiones de los órganos públicos deben estar racionalmente fundamentadas, lo que, a su vez, sólo es posible si cabe hablar de criterios que presten algún tipo de objetividad a esa práctica. Dicho en forma breve, el Estado de Derecho exige que el Derecho aparezca esencialmente bajo la forma de razonamiento, de razonamiento práctico justificativo… El Derecho en todas sus instancias –legislativa, jurisdiccional, doctrinal, etc.- puede verse como un entramado muy complejo de decisiones vinculadas con la resolución de ciertos problemas prácticos. Pero en el Derecho de las sociedades democráticas, lo que importa no son sólo las decisiones, sino las razones –o cierto tipo de razones- que pueden darse a favor de las decisiones..."*[5]

Con las ideas de MacCormick y Atienza antes expuestas, se afirma el carácter argumentable o la argumentabilidad del Derecho. Pero a la par de tal razonamiento debe fortalecerse la idea de que el Derecho no es sólo argumentación, pues ello constituiría una visión unidimensional, formalista y logicista en extremo, criterio que en los actuales momentos del desarrollo teórico acerca de la naturaleza del Derecho resulta inadmisible, pues cada vez adquiere mayor consistencia el carácter pluridimensional del Derecho, teoría que se asienta en la afirmación de que el mismo debe analizarse tomando en cuenta factores sociológicos, antropológicos, éticos e ideológicos, en adición a los estrictamente jurídicos.

[5] Ibíd. pp. 38 y 39.

3. Definición de argumentación jurídica

Se considera que el concepto de argumentación jurídica que sigue prevaleciendo, pese al impulso de la oralidad en diversas materias, queda comprendido dentro del ámbito de la argumentación escrita, pues la mayoría de actividades jurídicas (incluidas las sentencias judiciales) son escritas y con preeminencia de un carácter *iuspositivista* [6], pues hoy en día esa sigue siendo la visión dominante en nuestro entorno jurídico, situación que no se comparte, tal como brevemente se explica al final del artículo.

La argumentación jurídica, en el marco de la comunicación oral o escrita, se puede definir como *el proceso humano, constitutivo de un razonamiento en virtud del cual los juristas expresan los fundamentos jurídicos de carácter doctrinario, normativo o jurisprudencial, que constituyen el criterio que sustentan respecto de un hecho, acto, negocio o caso concreto, o bien en relación con un determinado punto de derecho; razonamiento que se expresa en un estudio doctrinario, en una sentencia judicial, en una resolución administrativa, en un contrato, en un convenio, en un pacto, en un tratado, en un escrito de demanda o su contestación, en un dictamen, en una opinión, etc., en congruencia con la naturaleza y el tipo de la interpretación jurídica que previamente se ha realizado, a efecto de persuadir o convencer a otra u otras personas del punto de vista expuesto o sostenido a través de tal proceso racional.*

4. Ámbitos de la argumentación jurídica

En términos de máxima generalidad, se distinguen tres ámbitos jurídicos en los cuales se practica principalmente la argumentación jurídica: 1º. En el campo de la producción de normas jurídicas; 2º. En la aplicación del derecho objetivo a casos concretos; y, 3º. En el marco de la dogmática jurídica.

[6] Al respecto consideramos que en un país como Guatemala, cuya sociedad tiene carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe, y en el que el Derecho Consuetudinario Indígena manifiesta una creciente aplicación en la solución de casos concretos en determinadas comunidades, no es posible asumir, con exclusividad, una visión positivista en materia de argumentación jurídica, ues obviamente los fundamentos en los que descansa el razonamiento que aplica el Derecho Consuetudinario tienen notables diferencias con el que se aplica en el ámbito del derecho occidental escrito.

De manera más específica, en este trabajo, nos referimos a algunas de las clases de argumentación jurídica, principalmente de manera escrita (sin desdén de la oralidad que se impulsa en distintas áreas del derecho), que se pueden desarrollar en el vasto campo de las actividades jurídicas susceptibles de ejercitarse por parte de los juristas.[7-8]

4.1 Argumentación del jurista como "*Ars Iuris*"

Según Javier Hervada, "…*jurista es quien sabe el derecho, quien tiene el discernimiento de lo justo en el caso concreto, quien discierne el derecho (*ius*) y la lesión del derecho (*iniuria*) dentro de unas determinadas y particulares relaciones sociales. Allí donde un oficio requiera esa determinación del derecho, allí hay oficio de jurista, aunque sea sólo como función auxiliar*...[9]

Entonces, la argumentación del jurista en su acepción de "*Ars Iuris*" entiéndase como *el arte de decir el derecho desarrollado por los juristas (profesores o docentes, asesores, consultores, abogados litigantes, fiscales, mediadores, conciliadores, árbitros, notarios, legisladores, jueces, etc.), en el ejercicio de las actividades jurídicas que les son inherentes en congruencia con la naturaleza de la función específica que desempeñan y desde la perspectiva desde la cual abordan los problemas que se les presentan.*

4.1.1 Argumentación del jurista docente o profesor

Esta forma de argumentación puede

---

[7] Según Francisco Puy Muñoz y Jorge Portela, en "*La argumentación de los operadores jurídicos*", Buenos Aires, Argentina, Editorial de la Universidad Católica Argentina, -EDUCA-, 2005, p. 9, etimológicamente Jurista se deriva de *ius*, que a su vez constituye también la raíz de otras palabras claves, como *iustum* (lo justo), *iustitia* (justicia) y *iustus* (hombre justo). En otras palabras, el oficio del jurista es decir el derecho (iurisdictio), o sea discernir entre lo justo (ius) y lo injusto (iniuria) y dicho oficio consiste en un arte (ars iuris).

[8] Conforme al Diccionario de Derecho Usual, jurista es quien estudia o profesa la ciencia del Derecho y se homologa al concepto de jurisconsulto, al cual se le considera como el versado en Derecho, quien hace profesión de la ciencia del Derecho, ya dedicándose a la resolución de las dudas o consultas jurídicas, ya escribiendo sobre asuntos y cuestiones de carácter jurídico. Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. 11ª. ed., Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., Tomo II, 1976, pp. 469 y 475.

[9] Citado por Francisco Puy Muñoz y Jorge Portela, en op. cit. p. 12.

rebasar el contexto de una rígida visión iuspositivista, pues el quehacer docente, y particularmente los trabajos escritos con afán didáctico (textos, libros, notas, apuntes, resúmenes, ensayos, tesis, revistas, monografías, recensiones, artículos, etc.) tienen la virtud de tornarse críticos, o al menos más libres de influencias radicales y formalistas. Entonces puede definirse la argumentación escrita del jurista docente como el *acto pedagógico de comunicación, constitutivo de un razonamiento escrito, plasmado en los textos, notas, apuntes, resúmenes, libros, ensayos, tesis, tratados, manuales, monografías, recensiones, artículos, etc., por medio de los cuales se explican los fundamentos jurídicos de carácter doctrinario, normativo o jurisprudencial que se transmiten a los alumnos.*

Bien afirman Francisco Puy Muñoz y Jorge Portela lo siguiente:

> *" ... Todos los juristas argumentan y discuten, y ésa es la actividad profesional principal que realizan, puesto que la profesión del jurista de cualquier especialidad consiste en responder a las preguntas que se le hacen sobre derechos concretos o genéricos que se dan en determinadas situaciones de hecho, con respuestas que califican los hechos en cuanto derechos, valorando el peligro que corren los derechos, y aconsejando actuaciones. Esto es proponiendo pautas de conducta de relevancia jurídica, incluidas las procesales o estrictamente jurídicas. Los Profesores de Derecho somos unos de esos juristas discursantes... Los Profesores de Derecho tenemos varios discursos propios, como son la lección teórica, la clase práctica, el seminario, la conferencia, el coloquio, la mesa redonda, etcétera, entre los verbales; y el tratado, el manual, la introducción, la monografía, la nota crítica, la recensión, el artículo divulgativo, el dictamen, la epístola, etcétera, entre los escritos. El modelo patrón de todos esos es sin embargo la Lección Magistral..."*[10]

[10] Op. cit. pp. 111 y 112.

4.1.2 Argumentación del jurista asesor-consultor

Este tipo de argumentación se relaciona con la experiencia práctica de los juristas que emiten dictámenes, opiniones o consejos jurídicos, que en fin de cuentas se soportan en la autoridad de que gozan los mismos dentro de un medio social determinado, quienes los emiten, sumando a tal prestigio profesional, el sustento que ofrecen las leyes nacionales, el derecho comparado, el precedente judicial y la doctrina tanto nacional como extranjera.

Esta especie de argumentación jurídica, igual que la de los profesores o docentes, es susceptible de rebasar los criterios puramente *iuspositivistas*, y puede definirse en los términos siguientes: *es un acto de comunicación escrita, que se realiza mediante el ejercicio de un razonamiento, plasmado en el texto de los dictámenes*[11] *u opiniones, por medio de los cuales los juristas que desempeñan tal función expresan los fundamentos normativos, jurisprudenciales y doctrinarios en que se asientan sus consejos, ponderados en atención a su experiencia y prestigio profesional.*

Para Milagros Otero Parga:

> *"El dictamen es un género literario propio del especialista en Derecho en el cual se manifiesta, de forma abrumadora, la autoridad de quien lo emite. Esta autoridad puede estar fundada en diferentes motivos. En algunos casos en la experiencia de haber solucionado situaciones idénticas o similares. Por eso se piden dictámenes a los abogados de prestigio. En otros casos por haber tenido que decidir lo adecuado en*

[11] Del latín dictamen y *dictaminis*, derivado del verbo *dico* que significa anunciar o mostrar públicamente, y significa opinión o juicio que se forma o emite sobre una cosa. En cuanto al aspecto histórico de los dictámenes, el autor *iusromanista* Álvaro D'ors, en su libro "*Derecho Privado Romano*", 9ª. ed. Revisada, Navarra, Pamplona, España: Ediciones Universidad de Navarra, S.A. -EUNSA-, 1997, pp. 59-60, explica que: "La actividad de los prudentes consiste principalmente en dictaminar sobre casos propuestos por los particulares, pero también por los jueces o los magistrados. Sus *responsa* se fundan en criterios objetivos, pero éstos no se declaran ordinariamente, pues lo que vale es la autoridad de quien los profiere. La razón del *responsum* (*ratio iuris*) se explica tan sólo en privado, para instruir a los discípulos o discutir con los especialistas. Cada *responsum* sirve de precedente doctrinal ejemplar (*exemplum*) y tiene más o menos influencia según la autoridad personal de su autor…"

circunstancias análogas. Es el caso de la solicitud de dictamen hecha a personas que en el pasado formaron parte del poder judicial y otras veces, en general, a cualquier especialista en la materia que pueda aportar luz sobre el caso en cuestión, mostrando los entresijos técnicos de una cuestión difícil de discernir a primera vista…"[12]

En Guatemala, particularmente dentro de la administración pública, en la mayoría de Organismos de Estado, Ministerios, Secretarías, Municipalidades, etcétera, existen Departamentos Jurídicos o Asesorías Jurídicas integradas por cuerpos de abogados asesores o consultores que realizan esa tarea de emitir dictámenes u opiniones. Muchas organizaciones y entidades del sector privado también suelen tener a su disposición este tipo de órganos asesores o consultores.

4.1.3 Argumentación del jurista abogado-litigante

La función de abogado litigante en Guatemala, significa, por un lado el ejercicio liberal de la profesión tutelando los intereses de las personas que requieren tales servicios profesionales (clientes o patrocinados) en diversas áreas jurídicas, tales como la civil, mercantil, laboral, administrativa, de familia, penal[13], etc., así como también ejerce como abogado litigante el profesional del derecho que presta sus servicios en el Instituto de la Defensa Pública Penal, al tenor de lo que establece el artículo 3 de la Ley del Servicio Público de Defensa Penal, Decreto 129-97 del Congreso de la República de Guatemala.

Según Javier Hervada, jurista es también el abogado quien dice lo que, en su opinión, es el derecho de su cliente.[14] En tal sentido, puede definirse este tipo de argumentación como el acto de comunicación que

---

12 Otero Parga, Milagros. "*El discurso dictamen jurídico*", en "*La argumentación de los operadores jurídicos*", compiladores Francisco Puy Muñoz y Jorge Portela, pp. 168-170.

13 En materia procesal penal, los sindicados pueden elegir abogado defensor; si no, el tribunal les designa uno de oficio (artos. 92 al 106 del Código Procesal Penal). La Ley del Servicio Público de Defensa Penal regula de manera específica lo concerniente a los abogados defensores en materia penal. Por la naturaleza actual del proceso penal, en esta materia está llamada a utilizarse preeminentemente la argumentación oral.

14 En op. cit. p. 12.

se realiza por medio de un razonamiento escrito, plasmado en el texto de los memoriales o escritos, a través de los cuales los juristas abogados-litigantes que desempeñan tal función - ya a favor del demandante, ya a favor del demandado- expresan los fundamentos normativos, jurisprudenciales y doctrinarios así como fácticos en que sustentan la tutela de los intereses de sus clientes.

Las diversas leyes procesales vigentes en Guatemala son parcas al regular lo concerniente a la argumentación de los escritos o memoriales, y por lo tanto carecen de normas taxativas que regulen suficientemente la necesidad de que los abogados[15] en sus memoriales o escritos, razonen o fundamenten las cuestiones de hecho y de derecho que invoquen en beneficio de sus patrocinados.

Existen normas que someramente pueden inducir a la argumentación a los abogados litigantes. A manera de ejemplo se cita las normas siguientes:

Conforme a lo dispuesto en el artículo 106 del Código Procesal Civil y Mercantil, la demanda debe expresar con claridad y precisión los hechos en que se funde, las pruebas que van a rendirse, los fundamentos de derecho y la petición, y en congruencia con tal disposición, el artículo 118 del mismo cuerpo legal exige que la contestación de la demanda debe satisfacer los mismos requisitos del escrito de demanda.

El artículo 332 del Código de Trabajo, en la parte conducente que nos interesa respecto de la argumentación, establece que toda demanda debe contener la relación de los hechos en que se funda la petición[16]; así como la enumeración

[15] Acerca del concepto de Abogado, Ángel Osorio, en su obra "*El Alma de la Toga*", 8ª. ed., Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa América, Colección Breviarios de Derecho, No. 63, 1975, pp. 4-5, expresa: "La Abogacía no es una consagración académica, sino una concreción profesional. Nuestro título universitario no es de 'Abogado', sino de 'Licenciado en Derecho, que autoriza para ejercer la profesión de Abogado'. Basta, pues, leerle para saber que quien no dedique su vida a dar consejos jurídicos y pedir justicia en los Tribunales, será todo lo Licenciado que quiera, pero Abogado, no."

[16] En materia laboral, por la tutelaridad que rige en beneficio de los trabajadores, haciendo aplicación del principio de sencillez, el artículo 332 del Código de Trabajo expresa que en la demanda no es necesario invocar el fundamento de derecho.

de los medios de prueba con que acreditarán los hechos, individualizándolos en forma clara y concreta según su naturaleza; y, el artículo 338 del mismo cuerpo normativo preceptúa que si el demandado no se conforma con las pretensiones del actor, debe expresar con claridad en la primera audiencia los hechos en que funda su oposición, pudiendo en ese mismo acto reconvenir al actor.

La contestación de la demanda y la reconvención, en su caso, podrán presentarse por escrito, hasta el momento de la primera audiencia. Tal precepto es complementado por lo que dispone el artículo 339 del mismo código en el sentido de que lo estatuido en los artículos 332, 333 y 334, es aplicable a la contestación de la demanda, a la reconvención y a la contestación de ésta, en su caso.

Pese a la escueta regulación que de la misma se hace en diversos cuerpos jurídico-procesales, la argumentación requiere de un alto grado de calidad, a efecto de que las peticiones de los juristas abogados litigantes tanto en la demanda como en su contestación, sean lo suficientemente sustentables, pues de ello depende el éxito que se alcance en el asunto de que se trate.

4.1.4 Argumentación del jurista fiscal

Conforme al modelo procesal penal que impera en Guatemala desde el año 1994, el abogado asume un rol especializado como fiscal, al cual se puede definir como el jurista que por delegación le confiere el Ministerio Público, tiene a su cargo la acusación oficial en aquellos asuntos de carácter penal que son objeto de persecución pública.

El artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala, preceptúa: el Jefe del Ministerio Público será el Fiscal General de la República y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública. Deberá ser abogado colegiado y tener las mismas calidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y será nombrado por el Presidente de la República de una nómina de seis candidatos propuesta por una comisión de postulación, integrada por el Presidente de la Corte Suprema de justicia, quien la preside, los Decanos de las Facultades de Derecho o de

Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades del país, el Presidente de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y el Presidente del Tribunal de Honor de dicho Colegio.

El artículo 24 del Código Procesal Penal al referirse a la clasificación de la acción penal, preceptúa que la misma se ejercerá de acuerdo a la siguiente clasificación:1) Acción pública; 2) Acción pública dependiente de instancia particular o que requiera autorización estatal; y, 3) Acción privada.

Y el artículo 24 Bis de ese mismo cuerpo legal, respecto de la acción pública, preceptúa que serán perseguibles de oficio por el Ministerio Público, en representación de la sociedad, todos los delitos de acción pública, excepto los delitos contra la seguridad del tránsito y aquellos cuya sanción principal sea la pena de multa, que serán tramitados y resueltos por denuncia de autoridad competente conforme al juicio de faltas que establece este Código.

El contexto normativo dentro del que se desarrolla la actividad del jurista fiscal se complementa de manera específica con lo que preceptúa en distintos artículos la Ley Orgánica del Ministerio Público, que guarda congruencia con la normativa constitucional y procesal penal arriba comentada.

En atención al papel especial que juega el abogado dentro del proceso penal, puede definirse *la argumentación del jurista fiscal* como el acto de comunicación, oral o escrito, constitutivo de un razonamiento fundado en la interpretación jurídica correspondiente, mediante que los juristas abogados que se desempeñan como Fiscales, exponen los fundamentos orientados a promover la acusación oficial del Estado respecto de aquellos delitos que conforme a la ley son objeto de acción pública.

4.1.5 Argumentación escrita en los medios alternativos de solución de conflictos

El proceso judicial ha dejado de ser el único medio para la solución de conflictos, pues además de ser muchas veces insuficiente, ineficaz e ineficiente, implica una demora excesiva en sus trámites, motivada

por diversas causas, por lo que tal problema se ha intentado solucionarlo desde distintos ángulos y con la adopción de diversas medidas. Derivado de lo antes expuesto, es necesario tomar en consideración factores tales como: la asignación de recursos humanos y económicos; la competencia de los tribunales en cuestiones no jurisdiccionales que entorpecen la labor judicial pudiendo ser derivadas a otros organismos; la distribución racional de las causas, etc.

Pero no hay duda de que las formas alternativas de solucionar muchos conflictos que actualmente se tramitan en sede judicial, constituyen un medio acertado, eficiente y eficaz, no sólo para descongestionar la carga de trabajo a los tribunales sino para aportar soluciones que proveen mayor satisfacción a las partes que las propias sentencias judiciales. Entre tales medios alternativos revisten especial importancia la mediación, la conciliación y el arbitraje.[17]

Para los efectos de este trabajo, seguidamente hacemos una breve referencia a la argumentación jurídica que deseablemente debe desarrollarse dentro de los procedimientos de resolución de conflictos antes mencionados.

4.1.5.1 Argumentación del jurista mediador[18]

Respecto del mediador, Francisco Puy Muñoz y Jorge Portela dicen: "*Nuestra caracterización del mediador como operador jurídico no tiene pacífica aceptación en las*

[17] En materia laboral, el Arbitraje puede ser potestativo y obligatorio. Así lo expresa el artículo 397 del Código de Trabajo, que reza: " EL arbitraje procede: 1) Potestativamente: a) Cuando las partes así lo acuerden, antes o inmediatamente después del trámite de conciliación; y b) Cuando las partes así lo convengan, una vez se hayan ido a la huelga o al paro, calificados de legales. 2) Obligatoriamente: a) En los casos en que, una vez calificados como legal la huelga o el paro, transcurra el término correspondiente sin que se hayan realizado; b) En los casos previstos en los incisos a) y d) del artículo 243 de este Código; y c) En el caso de que solicitada la calificación de legalidad o ilegalidad de huelga, una vez agotado el trámite de conciliación, no se llenare el requisito a que alude el inciso c) del artículo 241 de este Código y siempre que el número de trabajadores que apoyen el conflicto constituya por lo menos mayoría absoluta del total de laborantes que trabajen en la empresa o centros de labores de que se trate..."

[18] La actividad de mediación y la función de mediador, son relativamente nuevos en el medio guatemalteco, y particularmente a nivel del Organismo Judicial y Corte Suprema de Justicia, se han organizado Centros de Mediación, coordinados por la denominada Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos –RAC-.

publicaciones del ramo. Se suele entender la mediación como una profesión aparte, ajena al ámbito jurídico, aunque el mediador circunstancialmente, pueda ser un abogado."[19]

Esos mismos autores definen la mediación propiamente jurídica en los términos siguientes: "*el foro donde se desarrolla un diálogo tópico-retórico tendiente a la autocomposición de un conflicto interpersonal acerca del justo reparto de bienes materiales o simbólicos sobre los cuales ambas partes reivindican derechos, posibilitado por la intervención de un tercero imparcial y aceptable, que ayuda a los contendientes a elaborar de mutuo acuerdo una regla jurídica para la adjudicación de lo disputado*."[20]

Resumiendo a los citados autores[21], la mediación como actividad jurídica, en la mayoría de países constituye una situación relativamente nueva, por lo que el discurso del mediador y su estructura argumental sufren algunas dificultades, pues a diferencia de los discursos de los otros operadores jurídicos, el proceso de mediación y la actividad de mediación propiamente dicha, carecen de soporte documental. Finalizado un proceso de mediación se asienta el acuerdo a que han arribado las partes, y si no se ha logrado acuerdo alguno se elaboran actas que a futuro tendrán efectos procesales o administrativos donde únicamente constan los nombres de los intervinientes, su personería si es necesaria, el objeto del reclamo, su monto y si el proceso de mediación continúa o concluye con tal acto.

Aparentemente, las materias en las que predominantemente puede aplicarse la mediación forman parte del Derecho Privado, tales como el Derecho Civil y el Derecho Mercantil. No obstante, conforme al artículo 25 *quáter* del Código Procesal Penal, es posible la mediación en materia penal, pues tal disposición expresa que las partes, de común acuerdo, en los delitos condicionados a instancia particular, en los de acción privada y en aquellos en los que proceda el criterio de oportunidad, excepto el numeral 6º. de ese mismo artículo, con la aprobación del Ministerio Público o del síndico

[19] Op. cit. p. 295.
[20] Op. cit. pp. 296 y 297.
[21] Ibídem. pp. 293 y 294.

municipal, podrán someter sus conflictos penales al conocimiento de centros de conciliación o mediación registrados por la Corte Suprema de Justicia, a través de los juzgados de primera instancia penal correspondientes, integrados por personas idóneas, nativas de la comunidad o bajo la dirección de abogado colegiado, capaces de facilitar acuerdos y, una vez obtenidos los mismos, se trasladará un acta sucinta al Juez de Paz para su homologación, siempre que no se produzca violación a la Constitución o a Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, para lo cual bastará un breve decreto judicial que le dará valor de título ejecutivo al convenio, lo cual es suficiente para ejercer la acción civil en caso de incumplimiento de los acuerdos patrimoniales.

Entonces, la *argumentación del jurista mediador* se define como el acto de comunicación desarrollado por un jurista abogado que interviene como sujeto imparcial y aceptable, dentro de un conflicto interpersonal relacionado con la justa distribución de bienes materiales o simbólicos, con el objeto de coadyuvar a la autocomposición de los contendientes interesados en reivindicar sus derechos, y propiciar la elaboración, mediante mutuo acuerdo, de una regla jurídica de solución que dirima lo disputado, adjudicando equitativamente los bienes discutidos.

4.1.5.2 Argumentación del jurista conciliador:

En términos generales, se define la conciliación como el acto procesal o no procesal, celebrado en el tribunal de la causa, en un organismo administrativo o ante un ente particular, a fin de que un tercero (juez, secretario, conciliador, etc.) logre que las partes lleguen a un acuerdo que ponga fin al conflicto.

A diferencia de la transacción (artículo 2151 del Código Civil) y de la solución lograda a través de la mediación, que constituyen actos bilaterales, la conciliación es un acto de naturaleza trilateral, puesto que implica a las dos partes en conflicto y el conciliador. En realidad, la conciliación puede tener carácter procesal o no procesal.

Se entiende la conciliación con carácter procesal conforme a lo que preceptúan disposiciones jurídicas

tales como el artículo 203 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual expresa que en la primera audiencia, al iniciarse la diligencia, el juez procurará avenir a las partes, proponiéndoles fórmulas ecuánimes de conciliación y aprobará cualquier forma de arreglo en que convinieren, siempre que no contraríe las leyes, y si la conciliación fuere parcial, entonces el juicio continuará en cuanto a las peticiones no comprendidas en el acuerdo.[22]

Igualmente el artículo 11 de la Ley de Tribunales de Familia admite la conciliación entre las partes, conforme a lo regulado en el Artículo 203 del Código Procesal Civil y Mercantil, y en tal sentido preceptúa que la conciliación no podrá dejar de celebrarse en los juicios de familia, para lo cual los jueces personalmente emplearán los medios de convencimiento y persuasión que estimen adecuados con el objeto de lograr el avenimiento de las partes.

En materia laboral también se advierte el carácter procesal de la conciliación, lo cual se colige de lo que preceptúa el Código de Trabajo en el artículo 340, en el sentido de que contestada la demanda y la reconvención si la hubiere, el juez procurará avenir a las partes, proponiéndoles fórmulas ecuánimes de conciliación y aprobará en el acto cualquier fórmula de arreglo en que las mismas convinieren, siempre que no se contraríen las leyes, reglamentos y disposiciones aplicables, disposición que se complementa con el artículo 341 del citado cuerpo legal al

[22] Los antecedentes históricos de la Conciliación dentro del periodo preindependiente de Guatemala, se encuentran, por un lado, en la denominada Constitución de Bayona, promulgada el 6 de julio de 1808, en el artículo 101; posteriormente, con carácter extrajudicial fue desarrollada la conciliación en la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 9 de marzo de 1812, mediante preceptos contenidos en el capítulo II relativo a la administración de justicia en lo civi artículos del 282 al 284. Ya en el periodo independiente, la Constitución de la República Federal de Centroamérica, dado por la Asamblea nacional constituyente el 22 de noviembre de 1824, consideró entre las garantías de la libertad individual a la conciliación, artículo 171. Esta última disposición fue conservada en el artículo 180 de la Primera Constitución Política del Estado de Guatemala, promulgada por la Asamblea el 11 de octubre de 1825. Tal precepto se mantuvo en el artículo 177 de las Reformas a la Constitución Federal de Centroamérica decretadas en el año 1835. De ahí en adelante nunca más se reguló la conciliación a nivel constitucional, y el espíritu de la misma perdió su obligatoriedad con la Ley Constitutiva del Supremo Poder Judicial del Estado de Guatemala, Decreto No. 73 del Presidente del Estado de Guatemala, emitido el 16 de diciembre de 1839, artículos 41 y 42. Ver Digesto Constitucional, disponible en publicación del Colegio de Abogados que incluye hasta la Constitución de 1965, o bien en publicación de la Corte de Constitucionalidad que comprende hasta la Constitución Política de la República de Guatemala vigente.

contemplar que si la conciliación fuere parcial, el juicio continuará en cuanto a las peticiones no comprendidas en el acuerdo, y que en caso no hubiere conciliación alguna, el juicio proseguirá.[23]

En cuanto al carácter no procesal de la conciliación, en Guatemala es considerada como un típico método alternativo para la resolución de conflictos entre particulares, tal como se colige de lo preceptuado en el artículo 49 del Decreto No. 67-95 del Congreso de la República, Ley de Arbitraje, el cual expresa que la conciliación es un mecanismo o alternativa no procesal de resolución de conflictos, mediante el cual, las partes de un conflicto originado en relaciones comerciales o de cualquier otra índole, tratan de superarlo, con la colaboración activa de un tercero, objetivo e imparcial, cuya función esencial consiste en impulsar las fórmulas de solución planteadas por las partes o propuestas por él, evitando así que tal conflicto llegue a instancia jurisdiccional o arbitral.

Con base en lo antes expuesto, la *argumentación del jurista conciliador* puede definirse como el acto de comunicación, de carácter procesal o extra-procesal, plasmado en acta o en documento con otra denominación, desarrollado por un jurista abogado que interviene como tercero imparcial, dentro de un conflicto interpersonal relacionado con intereses encontrados, mediante el que propone y facilita a los contendientes interesados en reivindicar sus derechos, fórmulas ecuánimes de solución que permitan dirimir el objeto de la controversia.

4.1.5.3 Argumentación del jurista árbitro

Existen muchas definiciones del arbitraje, pero consideramos suficiente con citar las siguientes:

Para el tratadista colombiano Jorge Hernán Gil Echeverri, el proceso arbitral se define como:

> "*Un procedimiento sui generis, mediante el cual, por*

[23] En materia laboral, en relación con los procedimientos para la resolución de los conflictos colectivos de carácter económico-social, se establece la conciliación con carácter procesal y obligatorio. Ver artículos del 377 al 396 del Código de Trabajo.

expresa voluntad de las partes, se difiere la solución de conflictos privados transigibles, a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, los que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial."[24]

El autor guatemalteco Antonio Guillermo Rivera Neutze define al arbitraje así:

"*un juicio de conocimiento derivado de una relación jurídica contractual mediante el cual, cuando hay controversias entre dos o más personas, empresas o Estados, éstos recurren a personas no vinculadas con el poder judicial, sino a particulares- o a una institución para que los designe, a las que reconocen autoridad y prestigio, a fin de que después de apreciar los argumentos, pruebas y alegatos de las partes emitan un veredicto, conviniendo previamente y en forma libre, a acatar el fallo, con características y efectos idénticos a una sentencia judicial denominada 'laudo arbitral'*."[25]

Con carácter meramente ilustrativo, siguiendo a Jorge Alberto Silva, se expone en forma enumerativa una clasificación del arbitraje de la manera siguiente:[26] 1.- Atendiendo a la naturaleza de los litigantes: a) Público, b) Privado; 2.- Según la naturaleza del litigio: a) Mercantil, b) Civil; c) Laboral; 3.- Por los sujetos que emiten las reglas: a) Estatal, b) Particular; 4.- Conforme a la naturaleza de las reglas: a) Internacional, b) Interno; 5.- Tomando en cuenta la voluntad de los litigantes: a) Voluntario o Convencional, b) Necesario u

[24] Citado por Antonio Guillermo Rivera Neutze y Rainer Armando Gordillo Rodríguez en "*Curso Práctico de Arbitraje Comercial Internacional*", Guatemala, Editorial & Fotograbado Llerena, 2001, pp. 18 y 19.

[25] Ibíd. P. 19.

[26] Silva, Jorge Alberto. "*Arbitraje Comercial Internacional en México*", México: Pérez nieto Editores, 1994, pp. 155 a 158.

obligatorio; 6.- Respecto de la norma donde se regula: a) Por Acuerdo, b) Por Reglamento, c) Por Ley; 7.- Atendiendo a la generalidad o especificidad de las leyes: a) Ad hoc, b) Institucional; 8.- Según el tipo de resolución: a) De Derecho, b) De Equidad; y, 9.- Conforme a las fuentes de las reglas: a) Irritual o carta blanca, y, b) Formal.

Para los efectos de este trabajo, únicamente nos interesa la clasificación del arbitraje según el tipo de resolución, es decir el Arbitraje de Derecho y el Arbitraje de Equidad, a la que nosotros agregamos el Arbitraje Judicial y el Arbitraje Extrajudicial.[27]

El Arbitraje de Derecho requiere que la argumentación de la resolución (laudo arbitral) se fundamente en normas de derecho, en estipulaciones contractuales y en usos legalmente reconocidos.

En el Arbitraje de Equidad, previa autorización de las partes, la argumentación de la resolución (laudo arbitral) se funda en "la conciencia" o en "el leal saber y entender" de los árbitros.

El Arbitraje Judicial es el que debe desarrollarse ante un órgano jurisdiccional, como ocurre en Guatemala en materia laboral, pues en el ámbito de los procedimientos para la resolución de conflictos de carácter económico-social, el arbitraje puede ser

[27] Al igual que la conciliación, el arbitraje encuentra sus más remotos antecedentes en Guatemala, dentro del periodo pre-independiente, pues la Constitución Política de la Monarquía Española, en su artículo 280 disponía que no se podía privar a ningún español del derecho de determinar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes, y en su artículo 281 regulaba que la sentencia que dieren los árbitros se ejecutarían si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar. Ya en el periodo independiente, la Constitución de la República Federal de Centro-américa, dada por la Asamblea nacional constituyente el 22 de noviembre de 1824, disponía en su artículo 172 que era inherente a toda persona, la facultad de nombrar árbitros en cualquier estado del pleito, y que la sentencia arbitral era inapelable si las partes comprometidas no se hubiesen reservado ese derecho. Tal disposición se conservó en el artículo 179 de la Primera Constitución Política del Estado de Guatemala, sancionada por la Asamblea el 11 de octubre de 1825. El artículo de las Reformas a la Constitución Federal de Centroamérica, decretadas en el año 1835, preceptuó que la Corte Suprema de Justicia haría nombrar árbitros para la primera instancia en los casos en que fuera parte la república, uno o más estados, con alguno o algunos otros, o con extranjeros o habitantes de la república… Posteriormente ya no se localizan antecedentes constitucionales del arbitraje. Ver "Digesto Constitucional", disponible en publicación del Colegio de Abogados que incluye hasta la Constitución de 1965, o bien en publicación de la Corte de Constitucionalidad que comprende hasta la Constitución Política de la República de Guatemala vigente actualmente.

potestativo u obligatorio, pero en todo caso debe tramitarse en sede judicial.[28]

El arbitraje extrajudicial es el que se ventila fuera del ámbito judicial, ante órganos no jurisdiccionales, tal como el que contempla el Decreto Número 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje.

a) En cuanto al arbitraje de Derecho: el Decreto Número 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, en su artículo 36 establece que en los arbitrajes internacionales, el tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del asunto, y que se entenderá que toda indicación del Derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al Derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de Derecho Internacional Privado. Si las partes no indicaren la ley que debe regir el fondo del litigio, el tribunal arbitral, tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinará el Derecho aplicable.

En el caso de que el arbitraje sea de carácter internacional, el tribunal arbitral podrá tener en cuenta las prácticas y principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación.

Tanto en los arbitrajes nacionales, como en los internacionales, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

b) En relación con el Arbitraje de Equidad –*ex aequo et bono***- o de "amigable composición"**, el Decreto Número 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje,

[28] Así lo preceptúa el artículo 397 del Código de Trabajo.

permite interpretar en su artículo 37 que, si las partes lo han autorizado expresamente, los árbitros no se encuentran obligados a decidir en base normas de derecho, sino que pueden hacerlo "en conciencia" o "según su leal saber y entender", es decir, que el tribunal arbitral compuesto de amigables componedores o árbitros arbitradores decidirá conforme a la equidad (*ex aequo et bono*).

Entonces, se deduce que, según sea el tipo de arbitraje, así será el tipo de argumentación que se utilice en la resolución (laudo arbitral) correspondiente.

En tal sentido, la *Argumentación del Arbitraje de Derecho* se puede definir como el acto de comunicación, fundado en normas de derecho, en estipulaciones contractuales o en usos legalmente reconocidos, plasmado en el laudo arbitral, mediante el que un jurista abogado que interviene como tercero imparcial designado directa o indirectamente por las partes mediante el respectivo convenio, provee fórmulas de solución a diferencias jurídicas interpersonales relacionadas con intereses litigiosos, poniendo fin a la controversia.

Y *la Argumentación del Arbitraje de Equidad* se define como el acto de comunicación, fundado en "la conciencia" o en "el leal saber y entender" de los árbitros, contenido en el laudo arbitral, mediante el que a través de la intervención de un tercero imparcial designado directa o indirectamente por las partes mediante el respectivo convenio, se solucionan asuntos jurídicos interpersonales relacionados con intereses litigiosos, poniendo fin al diferendo.

4.1.6 Argumentación del jurista notario

Doctrinariamente, en el marco del sistema notarial latino, se define al notario como "... *el profesional del Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de éstos y expidiendo copias que den fe de su contenido, además de conocer, tramitar y resolver asuntos no litigiosos dentro de la denominada*

jurisdicción voluntaria extrajudicial."[29].

De conformidad con el artículo 1 del Código de Notariado, el Notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte, así como, al tenor de lo que preceptúa el artículo 60 del mismo cuerpo legal, el notario, en los actos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte, levantará actas notariales en las que hará constar los hechos que presencie y circunstancias que le consten.

Ahora bien, los actos, contratos, hechos y circunstancias en los que interviene el notario, quedan plasmados en documentos que doctrinariamente reciben el nombre genérico de instrumentos públicos, ya sean escrituras públicas o bien actas notariales. Tales documentos deben reunir determinadas características y satisfacer ciertos requisitos.[30]

Al respecto, el artículo 29 del Código de Notariado, en la parte conducente establece que los instrumentos públicos contendrán la relación fiel, concisa y clara del acto o contrato; y, el artículo 61 del mismo cuerpo legal preceptúa que el Notario hará constar en el acta notarial la relación circunstanciada de la diligencia. En estos aspectos normativos reside la posibilidad de argumentación que puede y debe desarrollar el jurista notario.

Concretamente, la actividad argumentativa la ejerce el Notario primordialmente cuando desarrolla las dos funciones siguientes:

a) por un lado cuando realiza la *función asesora o directiva*, pues a través de la misma, previa interpretación de la voluntad de quienes

[29] Esta es la definición de notario latino elaborada en el Primer Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, Argentina, 1948, citada por Oscar Salas Marrero, en "*DERECHO NOTARIAL, De Centroamérica y Panamá*", , Costar Rica: Editorial Costa Rica, p. 60, 1973, a la que nosotros hemos agregado lo relativo a la jurisdicción voluntaria extrajudicial.

[30] José Enrique Gomá Salcedo dice: "La actividad del Notario se explica y se fundamenta por la creación de un documento de particular valor y eficacia, tanto en la forma como en el fondo y que juega un decisivo y útil papel en la vida jurídica nacional, no sólo en la realización pacífica del Derecho que los ciudadanos llevan a cabo todos los días ejecutando actos y celebrando negocios sino también en las contiendas que se susciten ante los Tribunales.". En "*Derecho Notarial*", Madrid, España: Editorial Dykinson, 1992, p. 10.

requieren sus servicios profesionales, orienta, dirige, aconseja y presta asistencia jurídica a tales personas, dándoles a conocer las consecuencias y situaciones jurídicas inherentes a los tipos de negocios o a la naturaleza de los hechos y circunstancias que se plasmarán en el instrumento público correspondiente; y,

b) por otro lado cuando ejerce la *función modeladora*, pues precisamente partiendo de la premisa de que el notario es un perito en derecho, con sus conocimientos jurídicos le da forma jurídica a la voluntad de las partes o bien diseña la expresión que jurídicamente conviene al hecho o circunstancia que se pretende concretar mediante la forma notarial pertinente que deberá quedar contenida en el instrumento público de que se trate.

Derivado de lo anterior, en el sistema latino la función notarial no se reduce a la dación de fe, sino que, además, por su condición de profesional del derecho, al Notario le corresponde ejercer una función jurídica integral, emitir un juicio de legalidad, prestar una adecuada asesoría y proveer una buena dosis de creatividad cuando elabora el instrumento público. Tales actividades requieren de una vasta y sólida preparación jurídica profesional aparejada a una inquebrantable actitud moral, pues dichos factores posibilitan el aseguramiento de la independencia y la imparcialidad en el ejercicio profesional, lo cual indudablemente permite que el Notario contribuya a promover las garantías constitucionales de libertad, justicia, seguridad y paz de los habitantes de la República, las que se erigen en principios vitales para la realización del Estado de Derecho al tenor de lo que establece el artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Entonces, puede definirse la *argumentación del jurista notario* como el acto de comunicación, constitutivo de un razonamiento escrito fundado en la interpretación jurídica correspondiente, plasmado en los instrumentos públicos, que son el continente del negocio jurídico

o del hecho o circunstancia cuya certeza jurídica asegura el Notario, en ejercicio de la fe pública de la que se encuentra investido y en congruencia con la voluntad o la necesidad de quienes requieren la intervención notarial, y en obsequio a la realización y aseguramiento de los valores constitucionales de libertad, justicia, seguridad y paz para los habitantes de la República.

4.1.7 Argumentación del jurista legislador

Respecto de este tipo de argumentación es preciso delimitar el concepto de legislación, entendiendo tal función como la que corresponde a un órgano estatal específico para la creación de normas jurídicas de carácter general, que conforme a la teoría de la jerarquía normativa son las denominadas normas jurídicas ordinarias.

Consideramos que Guatemala sigue la corriente de caracterizar y facultar solamente a un órgano como "legislativo", pues, conforme al artículo 157 de la Constitución Política de la República, la potestad legislativa le corresponde al Congreso de la República, entre cuyas atribuciones el artículo 171 del mismo texto constitucional le confiere la concerniente a decretar, reformar y derogar las leyes.

Aclarado tal punto, y para poder elaborar una definición adecuada de la argumentación que realiza el legislador, conviene hacer algunas consideraciones acerca de la técnica legislativa.

Al respecto, Rafael Bielsa dice:

> "*La técnica es conjunto de conocimientos aplicables en una tarea de orden práctico. En todo oficio o profesión se obra con técnica, con cierta técnica, por rudimentaria que sea… La técnica concierne a la ejecución, como la metodología a la concepción, pues consiste en la formación de los conceptos, su determinación y crítica en el periodo de formación y finalmente la definición…*"[31]

El citado autor considera que la técnica es consciente y reflexiva, y que en cierto modo su carácter y los conceptos con que trabaja son científicos. Agrega que la ciencia y la técnica entran en la disciplina del método jurídico, en el derecho objetivo, y que su grado de utilidad

[31] Bielsa, Rafael. "*Metodología Jurídica*". Santa Fe, Argentina: Librería y Editorial Castellvi, S.A., 1961, p. 305.

y finalidad dependen de su aplicación.[32]

Y es que, efectivamente, en la realidad del proceso legislativo se genera un procedimiento de formación de la ley sujeto a una serie de requisitos, ritualidades y formalismos que forman parte de la técnica legislativa, dentro de la cual indudablemente se hace uso de la argumentación.

Obviamente, el derecho no es producto de la técnica ni tampoco de la argumentación, pues sus fuentes originarias residen en todos los hechos, actos y fenómenos de carácter económico, social, político, cultural, natural, étnico, religioso, etcétera, que coexisten dialécticamente interrelacionados en la base de la sociedad, y que, en última instancia, determinan la forma y el contenido de las normas que integran la supraestructura jurídica (fuentes reales del derecho)[33] , pero tal reflexión no obsta para considerar que la técnica con auxilio de la argumentación, provee los instrumentos, formas y mecanismos que permiten el diseño, elaboración y expresión del derecho por medio de normas, cuyo conjunto expuesto sistemáticamente da origen a la codificación.

Parafraseando a Bielsa, en relación con la legislación, la técnica tiene como objeto la elaboración de las normas e instituciones jurídicas, se convierte en instrumento de la política para organizar y regular las instituciones, y, asume carácter de instrumento para el ordenamiento metódico de los textos legales[34], y todo ello, de una u otra manera está sujeto a los motivos, intereses y necesidades latentes en las fuentes reales del derecho.

"*El primer precepto de la técnica jurídica es la construcción de la estructura formal, es decir la legislación. En toda función que el Estado quiere realizar, él empezará por el ordenamiento de las reglas, es decir normas, o sea leyes*."[35]

---

[32] Ibíd. pp. 308 y 309.

[33] Aguilar Rivera, Edgar Osvaldo, "*La primacía de las fuentes reales en la génesis del derecho*", Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Tesis de Graduación Profesional, Mención Honorífica "Premio Gálvez" 1985, p. 54.

[34] Bielsa, Rafael. Op. cit. p. 307.

[35] Ibíd. p. 308.

Destaca, entonces, la necesidad del Estado de contar con normas para la realización de sus variadas funciones, lo cual demanda elaborar tales normas utilizando las técnicas más adecuadas, lo que implica aplicar una argumentación depurada por parte de los legisladores.

Entonces, puede definirse la argumentación del jurista legislador como *la parte de la técnica legislativa, realizada a través de un proceso de comunicación escrita, constitutivo de un razonamiento, plasmado en el texto de los cuerpos legales, que son el continente de normas jurídicas cuya forma y contenido quedan determinados, en última instancia, por los intereses y necesidades de los distintos grupos sociales que coexisten dentro de una determinada realidad, orientadas a regular diversos aspectos relacionados con problemas sociales, económicos, políticos, étnicos, culturales, etc. (fuentes reales del derecho) que subyacen en el proceso de creación de la norma jurídica*.[36]

4.1.8 Argumentación del jurista juez

Por último, trataremos acerca de la argumentación que realiza el juez, ya con carácter unipersonal, ya como miembro de un órgano colegiado.

Se trata de la argumentación que se desarrolla en el ámbito jurisdiccional[37] o sea la que aplican los jueces cuando resuelven casos que involucran problemas abstractos, y que concretamente se denomina argumentación judicial. Para encuadrar de mejor manera este tipo de argumentación es necesario abordar, aunque

[36] En Guatemala, conforme a los artículos del 171 al 181 de la Constitución Política de la República, el proceso de creación de las leyes (proceso legislativo) comprende: Iniciativa de ley, presentación al Congreso, Discusión, Aprobación, Sanción, Promulgación y Publicación.

[37] En Guatemala, lo jurisdiccional comprende a todos los órganos de decisión, unipersonales o colegiados, integrantes de la Corte Suprema de Justicia, así como a la Corte de Constitucionalidad, según lo que preceptúa el artículo 268 de la Constitución Política de la República de Guatemala, íntegramente reproducido en el artículo 149 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto No. 1-86 de la Asamblea Constituyente. Esta situación se ve reforzada por lo que dispone el artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, cuyo pasaje conducente expresa: "…La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca…"

brevemente, lo concerniente a la función jurisdiccional, dentro del marco de la teoría de los poderes del Estado.

Al respecto existen dos principales enfoques a saber:

> *a) Punto de vista funcional o material*: atiende a la diversidad y distinción de las funciones, el cual postula que sólo existen dos poderes primordiales del Estado, por un lado el que concierne a dictar las leyes (poder legislativo) y por otro el que se refiere a la ejecución de las leyes, lo cual comprende la función administrativa y la función jurisdiccional (poder ejecutivo). Este punto de vista lo sostiene la corriente francesa desde principios de la Revolución de 1789, la cual niega que la jurisdicción constituya un tercer poder del Estado, pues sólo existen dos: el poder legislativo (que hace la ley) y el poder ejecutivo (que hace ejecutar la ley mediante la administración y mediante la jurisdicción).

El planteamiento general del punto de vista funcional o material se encuentra expuesto por el autor francés R. Carré de Malberg (quien es su adepto), y al respecto expresa lo siguiente: "… *Según una opinión muy extendida en la literatura jurídica francesa, la función jurisdiccional no tiene más objeto que el de aplicar a los casos concretos sometidos a los tribunales las reglas abstractas formuladas por las leyes. Si esta opinión tiene fundamento, hay que deducir lógicamente de ello que la jurisdicción, en definitiva, no es sino una operación de ejecución de las leyes, o sea una actividad de naturaleza ejecutiva. Por lo tanto, la función jurisdiccional no puede considerarse como un tercer poder principal del Estado, como una potestad igual a las otras dos e irreductiblemente distinta de ellas, sino que constituye simplemente una manifestación y una dependencia del poder ejecutivo, el que comprende así dos ramos particulares: la administración y la justicia. Las funciones estatales se encuentran reducidas con esto, esencialmente, a dos poderes primordiales...*" [38]

[38] Carré de Malberg, R. "*Teoría General del Estado*". 2ª. Ed. en español, 2ª. Reimpresión, México, D.F.: Universidad Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, Serie Política y Derecho, 2001, pp. 628 y 629.

Conforme al criterio antes expuesto, resultaría entonces que la función jurisdiccional no constituye un poder del Estado porque carece de autonomía, pues tan solo sería una de las actividades del poder ejecutivo conjuntamente con la función administrativa. Tales ideas son refutadas con argumentos sustentados, a la luz del derecho público moderno, por el segundo punto de vista (denominado funcional u orgánico), que nosotros compartimos, por las causas que explicamos a continuación:

> *b) Punto de vista formal u orgánico*: tomando en consideración las condiciones en las cuales se ejerce cada una de las funciones estatales conforme al derecho público moderno, sostiene que existen tres poderes claramente separados: el legislativo (legislación), el ejecutivo (administración) y el judicial (jurisdicción), cada uno con sus reglas propias y con sus órganos particulares.

El propio Carré de Malberg formula el cuestionamiento siguiente

"¿Significa esto que desde el punto de vista jurídico la jurisdicción no deba de ningún modo considerarse como un poder distinto, ni que deba confundirse con la administración, o por lo menos aproximarse de ésta para formar con ella sino una sola función principal? Tal conclusión es inadmisible. La desmiente el sistema de derecho público moderno, cuyas diferentes tendencias a este respecto han sido y son aún el separar cada vez más la administración y la justicia. El solo hecho de esta separación basta para probar que debe distinguirse a la justicia como un tercer poder. ¿Pero cuál es el fundamento preciso de esta distinción?[39]

Esta disquisición planteada por Carré de Malberg nos lleva al segundo punto de vista (formal u orgánico), pues como dicho autor expresa: "*Se trata de saber si la función jurisdiccional ha de considerarse como una manifestación principal, y esencialmente distinta, de la potestad del Estado, y si, por consiguiente, se deben contar en el*

[39] Ibíd. p. 683.

Estado, desde el punto de vista funcional, tres grandes poderes. En caso de respuesta afirmativa, se trata además, de saber en qué sentido puede y debe considerarse a la jurisdicción como un tercer poder."[40]

Continúa Carré de Malberg:

> "*Los autores que sostienen la distinción entre funciones materiales y formales declaran que, para apreciar si la función jurisdiccional constituye una función especial, hay que hacer abstracción de las condiciones orgánicas en las cuales se ejerce, y fijarse únicamente en el examen de su naturaleza y de sus caracteres intrínsecos. Es evidente que, desde el punto de vista orgánico y por razones provenientes de la necesidad de asegurar a las partes las garantías de una buena justicia, la potestad jurisdiccional debe ejercerse y se ejerce en el Estado moderno por autoridades diferentes de los administradores ordinarios y en formas diferentes a las de la administración propiamente dicha*."[41]

Entre las razones que distinguen a la jurisdicción de las otras dos funciones del Estado, se encuentra la que sustenta Esmein, quien considera que "*el juicio es siempre previo a la ejecución…y, la autoridad jurisdiccional desempeña una función intermedia entre la legislación y la ejecución; lo que supone que la actividad del juez, que es consecutiva a la ley, pero que precede o condiciona la ejecución de la misma, constituye una manifestación de potestad estatal que es tan distinta del poder ejecutivo como del poder legislativo*."[42]

Pero, el autor que ha desarrollado con mayor precisión la distinción entre administración y jurisdicción en atención a sus fines es Jellinek, quien expresa: "… *la distinción material de las funciones se determina por la relación que existe entre las actividades estatales y los fines estatales… Pero lo que las*

[40] Ibíd. p. 680.

[41] Ibíd. pp. 683-684.

[42] Esmein. "*Éléments*" . 5a. ed. p. 439 ss. cit. por Carré de Malberg, en op. cit. pp. 684-685

separa es el fin para el cual se ejercen respectivamente: por la jurisdicción, el Estado realiza únicamente su fin de derecho; por la administración, se esfuerza en realizar sus fines de potestad y de cultura."[43]

Este criterio diferencial entre administración y jurisdicción ha sido aceptado en la literatura francesa, principalmente por Artur en su estudio denominado "*Séparation des pouvoirs et des fontions*", publicado en "*Revue du droit public*", vol. XIII, páginas 218 y siguientes, en el cual manifiesta:

> *"… dichas dos funciones… corresponden a misiones diferentes, por cuanto que no se ejercen con el mismo fin. Los administradores ejecutan la ley con el objeto de proveer mediante sus actos ejecutivos a todas las necesidades de la comunidad nacional, exceptuando la necesidad de justicia. Los jueces ejecutan las leyes con el único fin de asegurar el respeto de las mismas… En todos estos aspectos, ambas potestades, administrativa y jurisdiccional, entrañan procedimientos ejecutivos tan esencialmente diferentes que no es posible aproximarlas o confundirlas en un poder o función única".* [44]

Apréciese pues, a la luz de la cita precedente, que existen elementos de juicio suficientes para diferenciar a la función jurisdiccional de la función ejecutiva (administrativa), lo que también allana el camino para afirmar la evidente diferencia entre el poder judicial y el poder legislativo.

Y es que el propio Carré de Malberg arriba a la conclusión de que:

"… el derecho francés discierne en la actividad del Estado tres vías distintas: la legislación, la administración y la jurisdicción, así como también hay que distinguir en la potestad estatal –por más que sea una en principio- tres clases o

---

[43] Jellinek. "*Gesetz und Verordnung*", pp. 213-225 ; "*L'État Moderne*", ed. Francesa, vol. II, pp. 317 ss., cit. por Carré de Malberg en op. cit. p. 688.

[44] Así lo afirma Carré de Malberg en op. cit. pp. 688-689, indicando además que tal tesis ha sido defendida en Alemania, especialmente por Rudolph Von Ihering en su obra "*Der Zweck im Recht*".

cualidades de poderes, correspondientes a la triple naturaleza o fuerza especial de la potestad de que se hallan investidos respectivamente los órganos legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales. A esta distinción de tres vías y potestades se refiere la clasificación de las funciones del Estado en legislativa, administrativa y jurisdiccional.[45]

Ahora bien, para contextualizar esta problemática de la separación de poderes y establecer la naturaleza de la función jurisdiccional en el ámbito del Estado guatemalteco, basta con invocar el artículo 141 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que a la letra dice: *"Artículo 141. Soberanía. La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La subordinación entre los mismos es prohibida"*.

La Constitución Política de la República de Guatemala afirma que el Estado de Guatemala reconoce la separación de poderes en forma plena, y recrea esa plenitud conceptual al establecer en el artículo 203 las condiciones de independencia y potestad de juzgar que tiene el Organismo Judicial, asentadas en la premisa de que la función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca, criterio que se consolida con las garantías de independencia funcional y económica de que se inviste al poder judicial en el artículo 205 de ese mismo cuerpo legal.[46]

Afirmada la separación de poderes y esclarecida la naturaleza de la función jurisdiccional dentro del Estado guatemalteco, se aborda inmediatamente lo concerniente a la argumentación judicial.

---

[45] Ob. cit. p. 738.

[46] Según Carré de Malberg, la separación de poderes, desde 1789 se tiene como uno de los principios esenciales del derecho público francés, no obstante constituir un principio de origen completamente moderno, establecido por primera vez en la Asamblea Nacional francesa de 1789, y aunque John Locke parece haber sido el primero en advertir la utilidad de dicha separación, no logró desarrollar una teoría suficientemente clara, por lo que hay que llegar hasta Montesquieu para hallar la verdadera fórmula de una teoría moderna al respecto, ya que tal autor posee la originalidad de haberla enunciado como un principio que debe considerarse a manera de condición fundamental de la debida organización de los poderes de todo Estado bien ordenado. Op. cit. pp. 742-743.

La argumentación en este ámbito puede producirse tanto respecto de los hechos como respecto del derecho, pero la que interesa a la teoría de la argumentación jurídica, principalmente, es la relativa al derecho.[47]

Así, podemos definir al jurista juez como el profesional del derecho que, ya con carácter unipersonal, ya integrado a un cuerpo colegiado, por delegación del Estado, ejerce el poder jurisdiccional aplicando el derecho objetivo a casos concretos, de conformidad con la competencia que le es atribuida para tal fin.

En congruencia con lo anterior, se puede definir genéricamente la argumentación del jurista juez como *el acto de comunicación, constitutivo de un razonamiento escrito fundado en una interpretación jurídica previa, plasmado en el texto de las resoluciones judiciales (especialmente las sentencias), que con observancia de los requisitos legales correspondientes y en aplicación del derecho objetivo pertinente, resuelven formalmente un caso concreto, de conformidad con los hechos y fundamentos de derecho invocados por las partes involucradas.*

De acuerdo al artículo 147 de la Ley del Organismo Judicial, la redacción de las sentencias, requiere la satisfacción de requisitos, dentro los que destacamos aquéllos que consideramos guardan particular relación con la argumentación, y son los siguientes: … *Clase, tipo y objeto del proceso en relación a los hechos; en párrafos separados resúmenes sobre el memorial de demanda, su contestación, la reconvención, las excepciones interpuestas y los hechos que se hubiesen sujetado a prueba; las consideraciones de derecho que harán mérito del valor de las pruebas rendidas y de cuáles de los hechos sujetos a discusión*

[47] En relación con la "cuestión de hecho" -*quaestio facti*- o punto de hecho y la "cuestión de derecho" –*quaestio juris*- o punto de derecho, Carré de Malberg considera que existe litigio sobre un punto de hecho cuando el debate se refiere simplemente a la existencia de hechos que condicionan la aplicación de la ley, en cuyo caso no se pone en duda el sentido de la misma, sino que el punto es saber si la ley es aplicable al hecho concreto, y se trata entonces solamente de un caso de aplicación de la misma a un caso determinado; mientras que, existe litigio sobre un punto de derecho, cuando el desacuerdo se suscita respecto al sentido mismo de una disposición legal cuyo alcance y significado es puesto en duda por una de las partes en conflicto, por lo que la solución del caso de que se trate requiere entonces de una interpretación normativa en el marco de la legislación vigente. Op. cit. p. 632.

se estiman aprobados; se expondrán, asimismo, las doctrinas fundamentales de derecho y los principios que sean aplicables al caso y se analizarán las leyes en que se apoyen los razonamientos en que descanse la sentencia; y, la parte resolutiva contendrá decisiones expresas y precisas, congruentes con el objeto del proceso.

El artículo 148 de esa misma ley, en cuanto a las sentencias de Segunda instancia, preceptúa que las mismas contendrán un resumen de la sentencia recurrida, rectificándose los hechos que hayan sido relacionados con inexactitud; los puntos que fueron objeto del proceso o respecto a los cuales hubiere controversia, el extracto de las pruebas aportadas y de las alegaciones de las partes contendientes; la relación precisa de los extremos impugnados en la sentencia recurrida con las consideraciones de derecho argumentadas en la impugnación; *el estudio hecho por el tribunal de todas las leyes invocadas, haciendo el análisis de las conclusiones en las que fundamenta su resolución, señalando cuanto confirma, modifica, o revoca de la sentencia recurrida*.

En cuanto a las sentencias de casación, el artículo 149 de la referida ley, establece que contendrán un resumen de la sentencia recurrida; *la exposición concreta de los motivos y submotivos alegados y las consideraciones acerca de cada uno de los motivos o submotivos invocados por las partes recurrentes juntamente con el análisis del tribunal relativo a las leyes o doctrinas legales que estimó aplicables al caso y sobre tal fundamentación, la resolución que en ley y en doctrina proceda*.

De los aspectos antes explicados deviene la importancia de la argumentación en el ámbito de las diversas funciones jurídicas, y principalmente en la actividad que desarrollan los juzgadores al emitir las decisiones judiciales, pues en última *ratio*, el juez debe adoptar una actitud activa que le permita asumir el papel que se espera de él entre los miembros de la sociedad, es decir; que no se circunscriba estrictamente a la función de aplicar la letra muerta de la ley, sino que busque resolver adecuadamente las contiendas sociales, lo que a no dudar se logra desarrollando una acertada argumentación de sus decisiones o resoluciones.

Pero esa deseable actitud de los juristas, y en particular del juez debe contextualizarse, y para ello debe conjugarse la visión positivista-normativista del derecho con los diversos factores de la realidad social, dentro de la cual y para la cual se produce la función jurisdiccional.

En consecuencia, asume carácter imperativo contar con un modelo teórico para la interpretación y aplicación del derecho, tomando en cuenta los enfoques tridimensional y multidimensional en el marco de la argumentación y el razonamiento jurídico, no como una camisa de fuerza que sujete y coaccione al intérprete de la ley, sino como un prisma desde el cual pueda percibirse la multiplicidad de aspectos que entraña la aplicación de la ley a un caso concreto, incluido, por supuesto, el aspecto normativo.

Igualmente, es de capital importancia que dentro del criterio académico y profesional, se incorpore la idea de que es conveniente un enfoque integral que, además del fundamento positivo-normativista, incluya lo sociológico, lo axiológico, lo antropológico, lo cultural y lo ético en el marco de la argumentación y el razonamiento jurídico y con el afán de buscar la máxima expresión de la justicia. Esos propósitos sólo son posibles haciendo aplicación de las denominadas teorías tridimensional[48]; y multidimensional[49].

---

[48] **Teoría Tridimensional del Derecho:** La teoría tridimensional, desarrollada principalmente por los iusfilósofos Miguel Reale y Luis Recasens Siches, trasciende la concepción formalista de la Ciencia Jurídica, pues considera que el objeto de ésta no se reduce a normas, ya que consiste en hechos ordenados valorativamente en un proceso normativo de atributividad. Es decir, el objeto de la ciencia jurídica está constituido por la norma, el hecho y el valor.

[49] **La teoría Multidimensional del Derecho:** La teoría multidimensional del derecho, expuesta por el jurista argentino Fernando Martínez Paz, busca "reafirmar la fe en el derecho", desde un nuevo humanismo jurídico, y concibe que el fenómeno jurídico está constituido por las dimensiones antropológica, sociológica, cultural, ética y positivo-normativa, a la que nosotros agregamos la dimensión ideológica, entendida no en un sentido peyorativo como "deformación de la realidad" o "falso reflejo de la realidad", sino en el sentido de "apreciación de valores sociales, ideas, creencias, sentimientos, representaciones e instituciones mediante las que los seres humanos conciben y le dan sentido al mundo en que viven", y cuyo conocimiento por parte de los intérpretes de la ley, deviene importante para realizar una mejor interpretación de la ley y por ende una mejor argumentación jurídica, y tales aspectos indudablemente inciden en el criterio del juez al resolver, pero con la aclaración de que tales puntos de vista no pueden ni deben constituir en una camisa de fuerza que sujete y coaccione al intérprete de la ley, sino que pueden servir como un prisma desde cuya óptica se aprecie con mayor precisión la multiplicidad de factores concurrentes en una sociedad determinada y que conviene tenerlos en cuenta al momento de interpretar y argumentar para los efectos de aplicar la ley a un caso concreto.

Por lo tanto, es deseable que en los diseños curriculares, tanto de pre-grado como de postgrado de las Facultades de Derecho de las distintas universidades de Guatemala, se incluyan cursos y materias que de manera específica se orienten a fortalecer la argumentación y el razonamiento jurídico, entendiéndose éstos como el instrumental necesario para generar una comunicación eficiente y eficaz en el ámbito jurídico.

Por lo anterior expuesto se concluye en lo siguiente:

1ª. La argumentación jurídica constituye un razonamiento por el que los juristas, mediante un acto de comunicación oral o escrito, explican o aclaran a las demás personas los fundamentos jurídicos de carácter doctrinario, normativo o jurisprudencial en que se asienta el criterio que se esgrime respecto de un hecho, de un derecho, de un acto, de un negocio o de un caso concreto, en congruencia con la naturaleza y tipo de interpretación utilizado, a efecto de persuadir o convencer acerca de la validez de un punto de vista determinado, con el afán de legitimar la existencia y respetabilidad de la proposición que se sustenta.

2ª. En el mundo jurídico actual prevalece una visión fundamental y predominantemente unidimensional, sustentada en el positivismo normativista, que, en su afán de privilegiar la "pureza jurídica", excluye cualquier otro criterio de argumentación, interpretación y aplicación del derecho, al que considera como un "orden coactivo", aislado del contexto político, social, cultural y ético en el que se desarrollan las diversas relaciones de la vida societaria, que constituyen el objeto de regulación del ordenamiento jurídico de que se trate.

3ª. A partir de la visión pluridimensional del derecho y del fenómeno jurídico, la interpretación y aplicación del derecho a los casos concretos y, por ende, la argumentación que implican las múltiples funciones que desarrollan los juristas, deben asumir un carácter integral e incluyente, porque además de los argumentos encuadrados dentro de las normas que conforman el ordenamiento jurídico estatal, deben tomar en consideración las relaciones humanas, sociales, culturales, morales, ideológicas y valorativas, es decir, se debe concedes valor a la diversidad de factores que, indubitable e inevitablemente, inciden en el acaecimiento de los fenómenos jurídicos, tal como postulan las teorías pluridimensionales del derecho (principalmente las Teorías Tridimensional y Multidimensional).

Bibliografía

- Aguilar Rivera, Edgar Osvaldo, "*La primacía de las fuentes reales en la génesis del derecho*", Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Tesis de Graduación Profesional, Mención Honorífica "Premio Gálvez" 1985.

- Atienza, Manuel, "*El Derecho como argumentación*", en Revista ISEGORIA No. 21, Madrid, España: Revista de Filosofía Moral y Política, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Filosofía, noviembre de 1999.

- Bielsa, Rafael. "*Metodología Jurídica*". Santa Fe, Argentina: Librería y Editorial Castellvi, S.A., 1961.

- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. 11ª. ed., Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., Tomo II.

- Carré de Malberg, R. "*Teoría General del Estado*". 2ª. Ed. en español, 2ª. Reimpresión, México, D.F.: Universidad Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, Serie Política y Derecho, 2001.

- D'ors, Álvaro, "*Derecho Privado Romano*", 9ª. ed. Revisada, Navarra, Pamplona, España: Ediciones Universidad de Navarra, S.A. -EUNSA-, 1997.

- Gomá Salcedo, José Enrique, "*Derecho Notarial*", Madrid, España: Editorial Dykinson, 1992.

- Kelsen, Hans. "*Teoría General del Derecho y del Estado*". Traducción de Eduardo García Máynez, 2ª. ed., 5ª. reimpresión, México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Textos Universitarios, Coordinación de Humanidades, 1995.

- MacCormick, Neil, "*Retórica y Estado de Derecho*", traducción del inglés al español de Isabel Lifante, versión modificada del trabajo presentado al Perelman SymPosium en el 20º. World Congress in Philosophy celebrado en Boston en agosto de 1998, en Revista ISEGORÍA No. 21, Madrid, España: Revista de Filosofía Moral y Política, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Filosofía, noviembre de 1999.

- Osorio, Ángel en su obra "*El Alma de la Toga*", 8ª. ed., Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa América, Colección Breviarios de Derecho, No. 63, 1975.

- Puy Muñoz, Francisco y Jorge Portela, "*La argumentación de los operadores jurídicos*", Buenos Aires, Argentina, Editorial de la Universidad Católica Argentina, -EDUCA-, 2005

- Rivera Neutze, Guillermo y Rainer Armando Gordillo Rodríguez, "*Curso Práctico de Arbitraje Comercial Internacional*", Guatemala, Editorial & Fotograbado Llerena, 2001.

- Salas Marrero, Oscar, "*Derecho Notarial, de Centroamérica y Panamá*", Costa Rica: Editorial Costa Rica, 1973.

- Silva, Jorge Alberto. "*Arbitraje Comercial Internacional en México*", México: Pereznieto Editores, 1994.

Leyes

- Constitución Política de la República de Guatemala
- Ley del Organismo Judicial
- Código Procesal Civil y Mercantil
- Ley de Arbitraje
- Ley de Tribunales de Familia
- Código Civil
- Código Procesal Penal
- Ley Orgánica del Ministerio Público
- Ley del Servicio Público de Defensa Penal
- Código de Trabajo
- Código de Notariado

"La realización de este documento fue posible gracias al apoyo del pueblo de los Estados Unidos de América, proporcionado a través de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). El contenido aquí expresado es responsabilidad exclusiva del Instituto de la Defensa Pública Penal y el mismo no necesariamente refleja las opiniones de la USAID o del Gobierno de los Estados Unidos de América"

LFH/IDPP 16