

REVISTA DEL

INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL



ROSENTHAL



DPP IDPP IDPP IDPP IDPP IDPP
DPP IDPP IDPP IDPP IDPP IDPP

5

Revista del Defensor No. 5
1ra. Edición, Guatemala diciembre de 2009

Licda. Blanca Aída Stall ing Dávila
Directora General IDPP

Lic. José Gustavo Girón Pal les
Coordinador de UNIFOCADEP

CONSEJO EDITORIAL

Metodólogo UNIFOCADEP

Dr. Arturo Higueros García

Capacitadores UNIFOCADEP

Lic. Hugo Roberto Saavedra
Lic. José Alfredo Aguilar Orellana

Abogado Defensor Público de Planta II

Lic. Roberto Eduardo Stall ing
Sierra

Abogado Defensor de Planta, Nivel III

Lic. Raúl René Robles de León

Tratamiento de la Forma

Fernando Hurtarte





IDPP
Instituto de la Defensa
Pública Penal





Índice

	Página
1. EL DELITO DE PLAGIO O SECUESTRO, SUS FORMAS Y LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA Licda. Lidia Eloisa Quiñones Oajaca (Unidad de Impugnaciones IDPP)	9
2. DELITOS INFORMÁTICOS Lic. Hans Aaron Noriega Salazar (Docente UNIFOCADEP)	25
3. DERECHOS DEL DETENIDO M.A. Carlos Abraham Calderón (Unidad de Impugnaciones Quetzaltenango IDPP)	37
4. DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA INTERNACIONAL AMERICANA Lic. Otto Haroldo Ramírez Vásquez (Coordinador Departamental de Jalapa IDPP)	61
5. EL ABORTO DE LA MUJER PSÍQUICAMENTE ALTERADA M.A. José Gustavo Girón Palles (Coordinador UNIFOCADEP)	67
6. EL EXPANSIONISMO DEL DERECHO PENAL Lic. Hugo Roberto Saavedra (Docente UNIFOCADEP)	83
7. MUJER VÍCTIMA Licda. Amalia Mazariegos Vásquez (Coordinadora Nacional de Asistencia Legal a la Víctima y a sus Familiares IDPP)	89
8. TRILOGÍA DE PROTECCIÓN FRENTE A LA TORTURA Lic. José Alfredo Aguilar Orellana (Docente UNIFOCADEP)	107





EDITORIAL

Con el vigor intelectual que caracteriza a los defensores públicos, emerge el 5º número de la Revista del Defensor, con una serie de artículos de enorme relevancia y de indiscutible actualidad en el mundo jurídico, enfocados por sus autores con mucha profundidad y con el rigor académico que se exige para su publicación.

La Revista del Defensor, órgano de análisis y de reflexión jurídica del Instituto de la Defensa Pública Penal, ha logrado mucha aceptación entre los defensores públicos, abogados, profesores universitarios, estudiantes de Derecho, y profesionales en general, interesados en el tema de justicia, e incluso, ha despertado el interés de profesionales del derecho de algunas defensorías latinoamericanas, lo cual es altamente gratificante, pues es un indicador de que el camino que se ha recorrido es el correcto y de que su posicionamiento en el ambiente jurídico guatemalteco es cada vez más evidente.

En este número, se presentan ocho artículos que fueron seleccionados desde la perspectiva de la relevancia que tienen actualmente, pues desarrollan temas que son objeto constante de discusión y que generan acaloradas polémicas tan comunes entre los juristas.

Esperamos que el esfuerzo intelectual de los autores de este material sea bien recibido y que motive a más abogados a participar en este esfuerzo conjunto para mantener vigente esta publicación que es un medio eficaz de plantear nuestras interrogantes, resolver dudas, fortalecer conocimientos y contribuir a la divulgación del pensamiento del jurista guatemalteco.

El Consejo Editorial



**EL DELITO DE PLAGIO
O SECUESTRO,
SUS FORMAS Y
LA CONVENCION
AMERICANA SOBRE
DERECHOS HUMANOS
EN GUATEMALA**

EL DELITO DE PLAGIO O SECUESTRO, SUS REFORMAS Y LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA

Licda. Lidia Eloisa Quiñones Oajaca
(Unidad de Impugnaciones IDPP)

El plagio o secuestro es un delito que la doctrina llama complejo, en virtud que se encuentra compuesto por varios elementos y protege varios bienes jurídicos, como la vida, la integridad física, el patrimonio, y la libertad de locomoción, tutelados por la Constitución Política de la República, los Pactos internacionales y la ley penal.

La aprehensión o detención del sujeto pasivo en contra de su voluntad, viola su derecho a la **libertad de locomoción**.

Al pedir rescate el sujeto activo, viola su derecho al **patrimonio**, ya que lo obliga a pagar cierta cantidad de dinero a cambio del rescate.

Al causarle lesiones a la víctima, viola su derecho a la **integridad física** y si resulta la muerte, le viola el **derecho a la vida**.

Las primeras dos acciones van concatenadas o sistematizadas con el objetivo de lucro que entraña el delito de plagio o secuestro, y aunque son graves, no se comparan con la lesión de bienes jurídicos más graves con relación a la integridad física y la vida; pueden o no ejecutarse, dependiendo de las acciones que realice el, o los agentes activos.

Es secuencial, porque en la comisión de cada acción este ilícito puede tornarse más grave, ejecutando lo irreversible y causando la muerte al agraviado.

Causar la muerte al secuestrado son las acciones antijurídicas que más rechazo o repudio han provocado en la sociedad. Este rechazo generalizado causa presión al Estado para que se castigue con mayor dureza al causante.

Sin embargo, con fundamento en varios principios que forman nuestro ordenamiento interno sustantivo, como el principio de proporcionalidad y legalidad de la pena, se establece que por el modo y la forma de ejecutarse el plagio o secuestro LA PENA DEBE SER PROPORCIONAL AL ILÍCITO PENAL CONSUMADO, TOMANDO EN CUENTA EL DAÑO CAUSADO, Y CUÁNTOS BIENES JURÍDICOS TUTELADOS FUERON VIOLADOS.

Ultima ratio; la pena de muerte por su naturaleza extraordinaria e irreversible se podría aplicar como ultima posibilidad en los delitos más graves, como el plagio o secuestro con resultado de muerte del secuestrado; sin embargo, dicha pena ha sido abolida en la mayoría de países en el mundo.

El fin preventivo de la pena de muerte. Básicamente, que sea un verdadero disuasivo al crimen organizado, que la violencia disminuya, se abstengan de causar lesiones y la muerte del secuestrado, sin desproteger los bienes jurídicos de libertad y patrimonio.

Otras teorías se contraponen, afirmando que dicha pena no representa un disuasivo a la violencia, y al crimen organizado. Afirman que la historia lo ha demostrado en países donde aún se aplica la pena de muerte, la violencia sigue incrementándose.

El delito que se estudia en Guatemala está tipificado en el artículo 201 del Código Penal vigente. El Organismo Legislativo ha decretado varias reformas, las cuales son:

Reformas al delito de plagio o secuestro

Las reformas se iniciaron en el año 1994, ampliando los elementos y extendiendo la aplicación de la pena de muerte; se aplicaba aunque no falleciera la víctima. Fueron concretamente tres reformas que hizo el Organismo Legislativo, y del estudio de cada una de ellas se establece violación al derecho internacional; artículos 1, 2, 4.2. y 4.6 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, y artículos 2, 3, 46, 203 de la Constitución política de la República de Guatemala.

La inobservancia a dichos preceptos legales en el campo nacional e internacional,, originó que algunos juzgadores incurrieran en el error jurídico de imponer la pena de muerte en los casos de plagio o secuestro

sin resultado de muerte de la víctima. Errores judiciales, sometidos al examen de la jurisdicción nacional, que en algunos casos no fueron ni han sido corregidos.

Existen varios fallos de la Corte de Constitucionalidad y de otros órganos jurisdiccionales en los que se establece la falta de unidad de criterios en cuanto a la interpretación y aplicación de esta ley que ha puesto y pone en peligro de ejecución a los reclusos condenados a la pena de muerte por este delito. Estos errores judiciales han provocado la necesidad de recurrir a la instancia internacional y han originado la interposición de la denuncia respectiva, solicitando medidas cautelares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Por esa circunstancia, se han presentado varios casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en dos de ellos, se resolvió favorablemente y señaló la violación del Estado de Guatemala. (Casos Raxcacó Reyes y Fermín Ramírez)

Decreto 21-64 del Congreso de la República de Guatemala (gobierno del presidente **Jorge Ubico**).

Desde la vigencia del Código Penal, Decreto legislativo 21-64 del 29 de abril de 1936, se incluyó el **artículo 369**, que establecía “El plagio o robo de una persona con el objeto de lograr rescate, se castigará con la pena de diez años de prisión correccional.

Si el plagio o robo a que se refiere el párrafo anterior, se ejecuta por dos o más personas, los culpables incurrirán en la pena de doce años de prisión correccional.

Cuando, como resultas del plagio o mientras dure el secuestro, falleciere la persona secuestrada, se impondrá a los culpables la pena de muerte.”¹

Se reguló el delito de conformidad con los bienes jurídicos tutelados que pudieran ser violados y el número de agentes activos que participaran en su ejecución, culminando con la pena máxima, solo en el caso que falleciera la víctima.

Puede apreciarse que al inicio, la pena estaba regulada aplicándose el principio de proporcionalidad y el derecho a la reinserción social del

¹Decreto legislativo 21-64 Código Penal.

delincuente. La pena era racional hasta cierto punto; se podría afirmar que era una pena humanizada, y se estableció la aplicación de la pena de muerte como excepción, cuando fallecía la víctima.

Decreto 17-73

Posteriormente, entró en vigencia el Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal, el 1 de enero del año 1974; regula el delito de plagio o secuestro en el artículo 201, con el contenido siguiente:

“(...) el plagio o secuestro de una persona con el objeto de lograr rescate, canje de terceras personas u otro propósito ilícito de igual o análoga entidad, se castigará con la pena de ocho a quince años de prisión. Se impondrá la pena de muerte al responsable, cuando con motivo u ocasión del plagio o secuestro, falleciere la persona secuestrada”²

Se castiga al delincuente con la pena de muerte únicamente cuando el delito tenga resultado de muerte del secuestrado; la pena de prisión que impone permite al delincuente rehabilitarse para su reincorporación a la sociedad en congruencia con el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Supuestos normativos en esta primera reforma

- a. Lograr rescate o
- b. Canje de terceras personas
- c. Otro propósito ilícito de igual o análoga entidad.

Según el Diccionario jurídico de Manuel Osorio, rescate, significa Recuperación, Recobro, Liberación, generalmente por precio del cautivo o prisionero o secuestrado, Canje, significa sustitución.

Penas

La pena tenía establecido el parámetro de ocho a quince años de prisión al realizarse los presupuestos que se indican en las literales a, b, c. **conservando la excepción**; cuando con motivo u ocasión del plagio, falleciere la persona secuestrada, se impondrá **la pena de muerte**.

² Decreto 17-74 del Congreso de la República de Guatemala vigente el 1 de enero de 1974.

No excluye ningún beneficio en cuanto al cumplimiento de penas, lo que permitía que el Estado cumpliera con la garantía de **rehabilitar al delincuente.** Derechos establecidos en **nuestra Constitución (1985)** de acuerdo con el contenido del artículo 19 que regula al sistema penitenciario preceptuando: “ El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos (...)”

Garantizaba la vida en el caso que el agente activo respetara la vida del secuestrado; el Estado cumplía además, con la garantía que contienen los artículos 2º. Y 3º de la Constitución de la República de Guatemala que preceptúan:

“Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”

La Constitución, en el título II capítulo I, se refiere a los Derechos Humanos, y en el artículo 3º, establece que “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”.

Protege la vida humana conservando la propia existencia estatal que finalmente persigue la convivencia dentro de un marco de paz social para lograr el desarrollo humano integral, lo que implica el desarrollo de los pueblos, con la aplicación de una política criminal de Estado orientada para la consecución de estos altos fines.

Después de 20 años de vigencia del Decreto 17-73 Código Penal, en el año 1994 se continuó con la reforma al artículo 201 que regula el delito que se analiza, resultado de lo que surgió el Decreto 38-94 del Congreso de la República de Guatemala.

Decreto 38-94

“El Congreso de la República de Guatemala

CONSIDERANDO:

Que el secuestro es uno de los delitos que causa mayor repulsa dentro de la sociedad por sus particulares características, así como las circunstancias en que se comete, y los daños profundos que se provocan en las víctimas y en los familiares de las mismas.

CONSIDERANDO:

Que nuestra actual legislación establece penas de entre ocho y quince años de prisión para los autores de plagio o secuestro, y únicamente se aplica la pena de muerte en caso de que el secuestrado falleciere como consecuencia de dicho delito, por lo que se **considera necesario introducir las reformas adecuadas para establecer una mayor sanción** a los responsables del mismo provocando efectos disuasivos en los potenciales delincuentes, que verán aumentados los riesgos que conlleva el cometer tales hechos. (La negrilla y subrayado es nuestro)

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 171 inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA:

ARTÍCULO 1. Se reforma el artículo 201 del código Penal, el cuál queda así: ARTÍCULO 201. (Plagio o Secuestro) El plagio o secuestro de una persona con el objeto de lograr rescate, remuneración, canje de terceras personas, así como cualquier otro propósito ilícito o lucrativo de iguales o análogas características e identidad. Se castigará con la pena de veinticinco a treinta años de prisión. Se impondrá la pena de muerte en los siguientes casos:

a.) Si se tratara de menores de doce años de edad o personas mayores de sesenta años.

b.) Cuando con motivo u ocasión del plagio o secuestro, la persona secuestrada resultare con lesiones graves o gravísimas, trauma psíquico o psicológico permanente o falleciere.

Al autor de este delito que se arrepintiere en cualquiera de sus etapas o diere datos para lograr la feliz solución al plagio o secuestro, se le podrá atenuar la pena correspondiente.

ARTÍCULO 2. El presente Decreto entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial.

Pase al Organismo ejecutivo para su publicación y cumplimiento.

Dado en el palacio del Organismo Legislativo, en la ciudad de Guatemala a los veintiséis días del mes de abril de mil novecientos noventa

y cuatro.” Guatemala, **once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro. Publíquese y Cúmplase.**
(Fue publicado en el diario oficial el 13 de mayo de 1994, entro vigencia el 14 de mayo de 1994 hasta el 5 de mayo de 1995)

Con este Decreto, **la pena mínima fue triplicada**, porque de 8 años subió a 25 **y se duplicó la pena máxima**, porque de 15 años se aumentó a 30 años de prisión. **Se ampliaron los elementos del tipo penal con sanción de muerte aunque no fallezca el secuestrado en contradicción con el artículo 4.2 de la Convención, e ignoraron el contenido de la parte conducente del artículo 18 de la Constitución que prohíbe imponer la pena de muerte a mujeres.**

Decreto 14-95

El Congreso de la República de Guatemala

CONSIDERANDO:

Que la función prioritaria del Estado, es la protección De la familia y de la persona humana en todos sus aspectos, debe presentarse especial atención por el legislador, debiéndose velar por su seguridad y libertad en los términos que establecen la Constitución Política de la República, los tratados y convenciones internacionales de los cuales Guatemala es parte.

CONSIDERANDO:

Que el notorio incremento de la actividad de criminalidad común, así como el clamor público rogando se adopten por el Estado medidas represivas eficaces y cuya ejemplaridad sea un verdadero disuasivo de la actividad criminal, hace necesario reformar el código penal vigente; (la negrilla es nuestra)

CONSIDERANDO:

Que ningún hecho criminal provoca tanto rechazo como el plagio o privación de la libertad de las personas bajo amenazas de muerte para obtener un rescate, por lo que deben adoptarse medidas prontas y eficaces para impedir su proliferación

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el inciso a) del artículo 171 de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA:

Artículo 201.- Plagio o secuestro. A los autores materiales del delito de plagio o secuestro de una o mas personas con el propósito de lograr rescate, canje de personas o la toma de cualquier decisión contraria a la voluntad del secuestrado o con cualquiera otro propósito similar o igual, se les aplicará la pena de muerte. En este caso no se apreciará ninguna circunstancia atenuante.

Los cómplices, encubridores o cualesquiera otros participantes en la comisión de este delito serán sancionados con pena de 15 a 25 años de prisión.

A los cómplices, encubridores o cualesquiera otros participantes en la comisión del plagio o secuestro que hubieren amenazado causar la muerte del secuestrado se les aplicará la pena de muerte.

A quienes no se les aplique la pena de muerte por este delito, no podrá concedérseles rebaja de pena por ninguna causa.

Artículo 2.- Por su carácter especial, la presente ley excluye la aplicación de reglas generales del Código Penal, relativas a la determinación de las penas.

Artículo 3º.- La presente ley entra en vigencia ocho días después de su publicación en el diario oficial...

En la ciudad de Guatemala, a los dieciséis días del mes de marzo de mil novecientos noventa y cinco.”

(Firmas del Presidente del Legislativo, José Efraín Ríos Montt y Secretarios).

El Organismo ejecutivo no sanciono, promulgo ni publicó este proyecto de ley y tampoco fue devuelto con alguna observación, por lo que el Organismo Legislativo por medio del PUNTO RESOLUTIVO NUMERO 26-95 RESOLVIÓ EN BASE A LOS ARTÍCULOS: 175,176,177,178 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 103,133 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, TENER POR SANCIONADO EL DECRETO 14-95 Y PROMULGARLO COMO LEY DE LA REPÚBLICA, Ordenando la publicación del punto resolutivo y del Decreto relacionado en un plazo que no exceda de tres días. Dado en el Palacio del Organismo Legislativo. En la ciudad de Guatemala el 19 de abril de 1995. Fue publicado el 20 de abril del mismo año. (El subrayado es nuestro) **Entró en vigencia**

el 28 de abril del año 1995.

Esta reforma sigue la misma política que la reforma analizada, pues mantuvo la pena de muerte, aunque no resultara la muerte de la víctima que viola la Convención artículo 4.2 y la Constitución Política de la República artículos 2, 3, 19, 46.

A los autores materiales del delito de plagio o secuestro les impone la pena de muerte, a los cómplices, encubridores o cualquiera que haya participado en la comisión de este delito, le impone la pena de 15 a 25 años de prisión, y en los casos que se demuestre que hubo amenazas de causarle la muerte al secuestrado, se le impone la pena de muerte.

Por lo ambiguo del contenido de esta reforma, creo verdaderos problemas a los jueces en el momento de dictar sentencia debido a lo siguiente:

- a) No reguló la pena para los autores intelectuales.
- b) No reguló la pena alternativa en los casos que no pueda imponerse la pena de muerte (ejemplo la Constitución prohíbe la pena de muerte cuando la sentencia se fundamenta en presunciones, a mujeres y mayores de sesenta años de edad, a los reos de delitos políticos comunes conexos con los políticos, y a reos cuya extradición haya sido concedida bajo esa condición), lo que trajo como consecuencia la reforma siguiente

TERCERA REFORMA

Decreto 81-96 (reformado por el Decreto 17-2009 artículo 24 le adiciona dos párrafos)

“ El Congreso de La República de Guatemala,

CONSIDERANDO

Que el 16 de marzo de 1995 el Congreso de la República aprobó el decreto número 14-95 mediante el cuál reformó el artículo 201 del Código Penal, estableciendo la pena de muerte para el delito de plagio o secuestro.

CONSIDERANDO

Que en dicha reforma no se estableció pena alternativa a la muerte a imponer a los autores materiales o intelectuales del delito de plagio o secuestro, situación que puede generar confusión en aplicación de la norma penal para este tipo de casos.

CONSIDERANDO

Que es preciso introducir las reformas necesarias al Código Penal a fin de dotar a los administradores de justicia del instrumento idóneo par su aplicación

POR TANTO

En ejercicio de las atribuciones que le confiere la literal a) del artículo 171 de la Constitución Política de la República

DECRETA: ARTÍCULO 1. Se reforma el artículo 201 del Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República, reformado por el artículo 1 del Decreto 14-95, el cuál queda así.

ARTÍCULO 201. Plagio o Secuestro. A los autores materiales o intelectuales del delito de plagio o secuestro de una o mas personas con el propósito de lograr rescate, canje de personas o la toma de cualquier decisión contraria a la voluntad del secuestrado o con cualquier otro propósito similar o igual, se les aplicará la pena de muerte y cuando ésta no pueda ser impuesta se aplicará prisión de veinticinco a cincuenta años. En este caso no se apreciará ninguna circunstancia atenuante.

Los cómplices o encubridores serán sancionados con pena de veinte a cuarenta años de prisión.

A quienes sean condenados a prisión por el delito de plagio o secuestro, no podrá concedérseles rebaja de pena por ninguna causa

ARTÍCULO 2. El presente Decreto entra en vigencia el día de su publicación en el diario oficial.”

Fue publicado en el diario oficial el 21 de octubre de 1996, fecha en que entró en vigencia, porque así lo regula la misma norma, entrará en vigencia el mismo día de su publicación en el diario oficial. ”

Del análisis de estas tres reformas al artículo 201 del Código Penal, se establece **la extensión de la pena de muerte**, porque regula la aplicación de la pena de muerte aunque no haya fallecido la víctima que tiene como consecuencia violaciones a nuestro derecho interno y a Tratados Internacionales de los cuales el Estado de Guatemala es Parte, y su inobservancia lo hace responsable internacionalmente. **Endurecer las penas, no es la solución a la violencia.**

Es una verdad que la violencia no se combate con la muerte; esta política criminal se podría afirmar si fuera aplicada en el tiempo que relata Cesare Beccaria en su obra “De los Delitos y las Penas”, hace más de 200 años que de su lectura, se establece inhumanidad en los procesos marcados con violaciones a los derechos humanos.

En dicha obra se cita la frase de Montesquiu, “toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica”³

Alternativa legal a la tercera reforma

Esta reforma impone la pena de muerte aparentemente al autor material o intelectual del delito de plagio o secuestro, resulte o no la muerte del secuestrado, pero al analizar el contenido del segundo párrafo, en observancia del derecho interno, de los Tratados Internacionales y los principios que integran, se establece que los legisladores dejaron alternativas de imponer pena de prisión cuando no resulte la muerte del secuestrado, y regulando la pena de prisión entre 25 y 50 años. Es un parámetro que si bien conserva la restricción y la dificultad en la reinserción social de individuo, permite a los jueces aplicar la pena de prisión, que aunque no sea proporcional al daño causado, es preferible a la pena máxima.

Es facultad de los jueces imponer la pena que corresponda dentro de los límites que marca la ley, y en estos casos, deben apreciar el párrafo que incluye la ultima reforma que indica en su parte conducente ” y cuando esta no pueda ser impuesta, se aplicará prisión de veinticinco a cincuenta años” .

Los límites legales relacionados están contemplados en los artículos siguientes:

a.) De acuerdo con el artículo 18 de La Constitución Política, que contempla los casos en que no puede imponerse la pena de muerte. Este artículo regula la prohibición de imponer pena de muerte en los siguientes casos: a) mujeres, b) personas mayores de setenta años, c) delitos comunes conexos con los políticos, d) en los casos de extradición concedidos bajo esa condición.

b.) De acuerdo con el artículo 4.2 de la Convención americana

³Beccaria Cesare, De los Delitos y Las Penas, Pág.10 Edición Latinoamericana, Santa Fe de Bogota, D.C.1998 Ediciones Nuevo Foro

Sobre Derechos Humanos, prohíbe la aplicación de la pena de muerte en los casos de la comisión del delito de plagio o secuestro sin resultado de muerte, porque nuestra ley penal interna desde el inicio, estableció el delito de plagio o secuestro sin pena de muerte, salvo que falleciera el agraviado, en ese sentido vigente, cuando Guatemala en ejercicio de su soberanía, ratificó a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De no advertir los jueces, que en la tercera reforma los legisladores les dejaron la decisión de aplicar la pena de prisión cuando no fallezca la víctima, se estará ante la vulneración de la prohibición expresa del artículo 4.2 de la Convención. **Americana Sobre Derechos Humanos, haciendo viable la denuncia internacional ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para que en caso que no se resuelva la controversia ante dicho órgano internacional, sea remitido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos fallos tienen carácter vinculante, porque Guatemala en ejercicio de su soberanía, reconoció su jurisdicción y competencia.**

Guatemala reconoce la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana Sobre Derechos Humanos.

Para complementar y perfeccionar el Sistema de protección a los derechos Humanos, el Estado de Guatemala, por medio del Acuerdo Gubernativo número 123-87 del 20 de febrero de 1987, del presidente Cerezo Arévalo, **reconoció como obligatoria de pleno derecho, la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos** sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 1. Declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Artículo 2. La aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace por plazo indefinido, con carácter general, bajo condiciones de reciprocidad y con la reserva de que los casos en que se reconoce de la competencia son exclusivamente los acaecidos con posterioridad a la fecha en que esta declaración sea presentada al Secretario de la Organización de los Estados Americanos. (9 de marzo de 1987)⁴

CUARTA REFORMA

Capítulo III DE LAS REFORMAS AL DECRETO NÚMERO 17-13 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, CODIGO PENAL

Decreto No. **17-2009** del Congreso de la República de Guatemala, **Ley de Fortalecimiento a la Persecución Penal**. Artículo 24, establece

“Igualmente incurrirá en la comisión de este delito quien amenazare de manera inminente o privare de su libertad a otra persona en contra de su voluntad, independientemente del tiempo que dure dicha privación o la privare de sus derechos de locomoción con riesgo para la vida o bienes del mismo, con peligro de causar daño físico, psíquico o material, en cualquier forma y medios, será sancionado con prisión de veinte (20 a cuarenta (40) años y multa de cincuenta mil (50,000.00) a cien mil quetzales (100,000.00).

Este delito se considera consumado, cuando la persona sea privada de su libertad individual o se ponga en riesgo o en peligro inminente la misma o se encuentre sometida a la voluntad del o los sujetos que la han aprehendido, capturado o sometido ilegal o ilegítimamente, por cualquier medio o forma y en ningún caso se apreciará ninguna circunstancia atenuante.”

Con esta última reforma, el Estado asegura el castigo para los llamados “secuestros rápidos”, la solicitud de canje ya no es un elemento indispensable para tipificar el ilícito.

Observaciones:

Esta última reforma se puede verificar que no menciona el Decreto No.81-96 del Congreso de la República de Guatemala, que fue la última reforma que sufrió el artículo 201, que es el que está vigente; adiciona dos párrafos al artículo 201 del Decreto 17-73 omitiendo relacionarlo con el vigente, ¿será válida la reforma en ese sentido? Lo dejo para el análisis y las reflexiones pertinentes.

...to CityPower Grid Rerouting x

...Users only!

...users MUST notify Sys/Ops.

Internet



```

rcr ebx,
bsr ecx, e
shrd ebx, edi,
chrd eax, edx, 0
(nobile)

```

```

-- 10.2.11.0 ping
1 packets transmit
round-trip min/avg/...
# ping -c 2 10.2.0.0
'st;g' | csh |& gre
Address: 10.2.1.3

```

```

ived, +44 duplicates, 0% packet
/2.455/17.17/11/3.11/5 ns
awk '{print "nslookup "$4 " " "$4}'

```

```

# nmap -v -sS -O 10.2.1.3

```

```

Starting nmap 0, 2.54BETA25
Host 10.2.1.3 appears to be up ... good.
Initiating SYN Stealth Scan against 10.2.1.3
For OSscan assuming that port 21 is open and port 22 is closed and net
firewalled

```



VIOLIS

```

Insufficient responses for TCP sequencing (3), OS detection may be le
accurate

```

```

Interesting ports on 10.2.1.3:
(The 1521 ports scanned but not shown below are in state: closed)

```

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

DELITOS INFORMÁTICOS

www.

DELITOS INFORMÁTICOS

Lic. Hans Aaron Noriega Salazar
(Docente UNIFOCADEP)

BREVE RESEÑA HISTÓRICA

El derecho constituye una materia en extremo cambiante, que evoluciona y se desarrolla de la mano con las transformaciones y necesidades de la sociedad. Los avances de la civilización, la globalización, y los constantes descubrimientos, son factores que influyen en la necesidad de regular, por parte de las normas legales, aspectos y bienes jurídicos que el Estado señala como merecedores de proteger de acuerdo con el clamor de los tiempos. En ese sentido, los avances tecnológicos de orden informático determinan imperativamente necesidades de orden social, que impulsan la obligación de tutela estatal a través de la reforma o creación de leyes específicas.

El Derecho Penal no constituye la excepción, y se ha visto en la necesidad de normar ámbitos de protección a bienes jurídicos tutelados que anteriormente no existían, o no se consideraban merecedores de protección estatal. En ese sentido, se puede ubicar cronológicamente el Siglo XX, como el del origen y evolución de los delitos de carácter informático.

Es válido afirmar que los ataques¹ al programa o sistema operativo de un computador pueden ser considerados como las primeras conductas merecedoras de regulación y sanción de carácter penal. Debe reconocerse que una de las primeras acciones de este tipo se da a manera de juego, documentándose en el año 1949 el caso de Robert Thomas Morris, Douglas McIlroy y Víctor Vysotsky, tres programadores de la compañía Bell Computer, quienes en una competencia, idearon un sistema al que denominaron Corewar, que consiste en idear programas que paulatinamente disminuían la memoria de la computadora, ganando quien lograra su eliminación completa.

¹ Tómese en cuenta que no estando tipificada a esa fecha la conducta como delito lógicamente no existía sanción a aplicar.

Uno de los primeros virus que afecta los sistemas informáticos aparece en el año de 1972, y se le denominó Creeper (enredadera en idioma inglés), que afectó a las computadoras de la compañía IBM e hizo necesaria la aparición del primer antivirus conocido como “cegadora”. Posteriormente, en el año 1980 el Arpanet, (sistema de comunicación vía computadoras usado por el sistema de defensa de los Estados Unidos y precursor de Internet), experimentó ataques a través de un virus informático que necesitó de 3 días de trabajo para eliminarlo.

En el plano internacional, en el año 1983, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE),² inició un estudio para aplicar y armonizar en el plano internacional las leyes penales a fin de luchar contra el problema del uso indebido de los programas de computadoras. Como fruto de ello, en el año 1986 se publica el documento titulado “Delitos de Informática, análisis de la Normativa Jurídica,” en el que se recopilan detalles de normas penales vigentes y propuestas de reforma de legislación en los países miembros, así como las conductas que era necesario sancionar penalmente, en lo que se denominó, lista mínima.

En la actualidad, las conductas se han diversificado y el grado de ataques cada vez han sido mayores y más originales; la jurisprudencia francesa registra el caso del empleado de una compañía a cargo de los registros informáticos, que programó su computadora de tal manera que se borrarán todos los registros de la compañía en el momento que fuera despedido, y el modo de activarlo consistía en que cuando su nombre se borrara de la nómina de pagos se desencadenaba el programa que borraba los registros.³

Respecto de la legislación guatemalteca, en el año 1996 se regulan los delitos informáticos entre, los que se puede mencionar la destrucción de registros informáticos, alteración de programas y la reproducción de instrucciones o programas de computación, entre otros.

² La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico es una organización internacional intergubernamental que reúne a los países más industrializados de economía de mercado. Está compuesta por 30 países miembros entre los que se puede mencionar Estados Unidos, Canadá, México, España, Inglaterra, Francia y Alemania. Se reúnen para intercambiar información y armonizar políticas con el objetivo de maximizar su crecimiento económico y coadyuvar a su desarrollo y al de los países no miembros. La OCDE es el mayor productor mundial de publicaciones en economía y asuntos sociales con más de 500 títulos por año. Fuente página Web OCDE México .

³ A esta modalidad de delito informático se le denomina Bomba Lógica y el caso fue citado por Marcos G Salt en su trabajo Delitos de Carácter Informático páginas 230 y 231.

DELITOS INFORMÁTICOS, DEFINICIÓN

Las primeras conductas que tenían como finalidad el ataque a un sistema o equipo informático, no tenían la cualidad de ser consideradas como delito, ya que el principio de legalidad exige que para que una acción sea considerada como delictiva debe estar expresamente determinada por el legislador. En ese sentido, ante la necesidad de ampliar el ámbito de protección a este tipo de bienes jurídicos, las legislaciones han regulado sanciones de orden penal a los responsables de este tipo de acciones.

Sin embargo, cabe hacer la reflexión que no solamente la propagación de virus u otros ataques a sistemas operativos de los ordenadores deben ser considerados como delitos informáticos, ya que se deben incluir todas aquellas acciones u omisiones que atentan contra un bien jurídico merecedor de protección y que se valen o utilizan para su comisión una computadora. En ese sentido, se pronuncia Tiedemann⁴ al señalar que “Con la expresión criminalidad mediante computadoras se alude a todos los actos antijurídicos según la ley penal vigente (o socialmente dañosos y por eso penalizables en el futuro), realizados con el empleo de un equipo automático de procesamiento de datos”.

Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas⁵ al referirse a la delincuencia informática lo hace de la siguiente manera: “A menudo, se le considera una conducta proscrita por la legislación y/o la jurisprudencia, que implica la utilización de tecnologías digitales en la comisión del delito; se dirige a las propias tecnologías de la computación y las comunicaciones; o incluye la utilización incidental de computadoras en la comisión de otros delitos”.

En conclusión, se puede definir el delito informático como toda aquella acción típica y antijurídica, que se sirve o utiliza una computadora para su realización, o bien va dirigida a obtener el acceso no autorizado a registros o programas de un sistema informático, o a producir un resultado de daño en los sistemas que hace operar.

Como se podrá analizar, el ámbito de actuación en este tipo de conductas implica el ataque o intencionalidad de daño al sistema operativo de la

⁴ Tiedemann, Klaus. Poder Económico y Delito. Página 122.

⁵ Undécimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal 18 a 25 de abril de 2005, Bangkok (Tailandia) Fuente, sitio Web Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/>

computadora, la intromisión o acceso a bases de datos, o a los archivos contengan, o bien, la utilización de este aparato tecnológico y de comunicación como medio o instrumento para la realización de delitos.

ELEMENTOS ESENCIALES DEL TIPO EN EL DELITO INFORMÁTICO

De acuerdo con la metodología de otros módulos y en el ámbito técnico del análisis de los hechos ilícitos a través de la teoría del delito, diremos que el elemento descriptivo (apreciado a través de los sentidos) de esta clase de delitos, lo sería la computadora, las bases de datos o registros informáticos, o bien el patrimonio o bien mueble o inmueble afectado a través de un sistema informático u ordenador, para citar algunos. El elemento normativo estaría constituido por los aspectos que se pueden apreciar intelectualmente, y que en este caso en particular, es necesario auxiliarse de la informática u otra ciencia para comprenderlos, entre los que estarían los daños producidos a los equipos, a los programas o bases de datos, la pérdida patrimonial, la indemnidad sexual, etc.

BIEN JURÍDICO TUTELADO

En el entendido que el bien jurídico tutelado lo constituyen todos aquellos derechos, valores o atributos de la persona que el Estado encuentra merecedores de protección a través del Derecho Penal, se puede afirmar que en el caso de los delitos informáticos, existe una pluralidad de bienes que son afectados o puestos en peligro.

Por un lado, las acciones que van dirigidas al sabotaje, el daño, la destrucción o pérdida de equipos de computación, afectan, lesionan o ponen en peligro el bien jurídico patrimonio. Por otro, los delitos que se sirven o utilizan un equipo informático para su realización, pueden de igual manera, afectar diversos bienes, como lo serían la indemnidad sexual (caso de la pornografía infantil), la privacidad, o el mismo patrimonio en los casos de fraudes informáticos cometidos por Internet.

CLASES DE DELITOS INFORMÁTICOS

Al definir los delitos informáticos, se hacía referencia a acciones antijurídicas con una finalidad que podría ser el ataque, daño o acceso no autorizado a un aparato o sistema de computadoras, o sus programas, o bien se sirve de ellas como medio operativo para realizar actos ilícitos. Esta reflexión sirve de base para proponer la siguiente clasificación de los delitos informáticos, distinguiéndose, entonces, dos tipos a saber:

- a) Delitos Informáticos contra el patrimonio
- b) Delitos Informáticos que atentan contra la privacidad, la libertad o la indemnidad sexual.

DELITOS INFORMÁTICOS CONTRA EL PATRIMONIO

Los avances tecnológicos han permitido que las computadoras constituyan un medio de comunicación y entretenimiento cada vez más usado.

Solo en Guatemala, se estima que más de un millón de personas tienen acceso a Internet (en el trabajo, estudio, hogar o cafés). Es comprensible que el uso de esta herramienta en todos los ámbitos esté amenazada por la posibilidad de comisión de hechos delictivos por esa vía, o a través del aprovechamiento de las facilidades que brinda para la copia de programas, solo para citar algunos ejemplos.

En ese orden de ideas, se pueden citar dentro de esta clasificación, delitos como:

- La copia ilegal de software, películas y música
- Defraudaciones a través de publicidad engañosa
- Fraudes cometidos por medio del acceso y manipulación a sistemas informáticos bancarios o financieros
- Sabotaje a sistemas informáticos
- Uso no autorizado de sistemas informáticos ajenos
- Espionaje informático
- Falsificación de documentos por medio de la computadora

COPIA ILEGAL DE SOFTWARE, PELÍCULAS Y MÚSICA

En este grupo, se incluyen las conductas dirigidas a obtener datos, en forma ilegítima, de un sistema de información. Es común, apropiarse de datos de investigaciones, listas de clientes, balances, etc. En muchos casos, el objeto es el mismo programa de computación (software) que suele tener un importante valor económico.⁶ En nuestro medio, son comunes las ventas (incluso anunciadas en los periódicos) de películas, programas y discos compactos de música que han sido copiadas ilegalmente a través de las herramientas del computador.

DEFRAUDACIONES A TRAVÉS DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA

El Internet se ha constituido en un medio de comunicación masiva de tanta trascendencia como la televisión o la radio, de esa cuenta, constituye un espacio u oportunidad de publicitar bienes y servicios cada vez más usado. Es común encontrar en las páginas de la red, la oportunidad de acceder a compras y utilizar como medio de pago tarjetas de crédito o débito. Esta actividad lícita se ha visto amenazada por la aparición de estafadores que ofrecen la entrega de productos o prestación de un servicio, que luego del pago no es entregado o prestado. Dichas actividades se ven fortalecidas por la poca posibilidad de ejercitar la acción penal, dada la ausencia de un lugar físico en donde se pueda encontrar al responsable.

FRAUDES COMETIDOS POR MEDIO DEL ACCESO Y MANIPULACIÓN A SISTEMAS INFORMÁTICOS BANCARIOS Y FINANCIEROS

Esta conducta, por lo general, se refiere a la manipulación de datos contenidos en sistemas informáticos con el objeto de obtener ganancias ilícitas; es común en esta modalidad, el acceso a los sistemas de bancos o compañías financieras para acreditar traslados de cuentas, que luego de los depósitos son canceladas, y lógicamente, el dinero depositado, es retirado.

Dentro de este tipo de actos ilícitos se pueden mencionar los que utilizan la “Técnica del Salami” la cual es definida como la que: “Aprovecha las repeticiones automáticas de los procesos de cómputo (...) Y consiste en

⁶ Salt, Marcos G. Delitos No Convencionales. Delitos de Carácter Informático. Página 228.

introducir al programa unas instrucciones para que remita a una determinada cuenta los céntimos de dinero de muchas cuentas corrientes.”⁷ Se ha denominado de esta manera dicha técnica porque se asemeja al corte de una pequeña rodaja de un salami que resulta muy difícil de notar.

SABOTAJE A SISTEMAS INFORMÁTICOS.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, sabotaje equivale a Daño o deterioro en las instalaciones, productos, etc., Se hace como procedimiento de lucha contra los patronos, contra el Estado o contra las fuerzas de ocupación en conflictos sociales o políticos. Debe entenderse entonces, que este término aplicado al ámbito de las computadoras implica cualquier acción dolosa tendiente a provocar daños en el Hardware, (la parte física del computador, lo tangible) o Software, (los programas que utiliza el computador para operar).

El sabotaje puede hacerse en forma directa con acciones para destruir el aparato y sus programas a través de incendios, explosiones, inundaciones, etc., o bien indirectamente a través de la infección vía la red de virus o programas que dañan, deterioran o inutilizan sus sistemas operativos. Dentro de esta vía son comunes los virus de los cuales se pueden mencionar los caballos de Troya, los gusanos, los conejos, también se puede producir sabotaje a través de las “bombas lógicas” descritas en otra parte de este trabajo.

USO NO AUTORIZADO DE SISTEMAS INFORMÁTICOS AJENOS

Implica el acceso y utilizaciones no autorizadas de una o varias computadoras y sus programas, o bien la utilización inadecuada de parte de quienes tengan acceso a las ellas.

En el primer caso, nos encontramos con la conducta de una persona que no teniendo ningún permiso por parte del dueño del sistema informático, se sirve de él y lo utiliza. En el segundo, el de quien utiliza el computador que le ha sido asignado en su trabajo para propósitos personales; ejemplo el empleado que descarga videos de la red o socializa en horario laboral y con el equipo de cómputo asignado por su empleador. Con relación a este último aspecto, se ha discutido si dicha conducta reviste el carácter de delictuosa, o bien cae en el ámbito de las faltas laborales.

⁷Acurio del Pino, Santiago Delitos Informáticos. Generalidades Página 23.

ESPIONAJE INFORMÁTICO

En términos generales, se refiere al acceso no autorizado al sistema y a los archivos informáticos de una empresa, gobierno o entidad con fines de análisis recopilación y traslado de información considerada útil para el espía o su organización. Este tipo de hechos delictivos se ha dado muchas veces entre grandes corporaciones o gobiernos de países antagónicos, otras por motivos de inteligencia o contrainteligencia de los Estados. Obviamente, para cometer este delito, se constituye instrumento indispensable la utilización de una computadora y del Internet, para poder acceder a la base de datos espiada.

FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS A TRAVÉS DE LA COMPUTADORA.

Se incluye en este tipo de conductas todas aquellas cuyo objetivo radica en obtener copias fraudulentas de tarjetas de crédito o débito, de cheques, firmas electrónicas, etc. para defraudar el patrimonio de personas individuales o jurídicas.

DELITOS INFORMÁTICOS QUE ATENTAN CONTRA LA PRIVACIDAD, LIBERTAD O INDEMNIDAD SEXUALES.

En este grupo se clasifican las acciones u omisiones en que incurre el sujeto activo y que lesionan o ponen el bien jurídico tutelado privacidad, entendida, como el ámbito de la vida privada y del cual se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión. Al respecto, Bustamante⁸ señala que “Los delitos informáticos contra la privacidad constituyen un grupo de conductas que de alguna manera pueden afectar la esfera de privacidad del ciudadano mediante la acumulación, archivo y divulgación indebida de datos contenidos en sistemas informáticos”.

En esta clasificación se aprecian las siguientes conductas:

- a) Violación a la privacidad de la información personal, o a las comunicaciones; que se refiere a las conductas tendientes a la captura o interceptación de información o mensajes ajenos.

⁸ Bustamante Alsina, Jorge. La Informática y la Protección del Secreto de la Vida Privada. Página 826.

- b) La revelación indebida de información personal; delito en el que se incurre por la revelación o publicación de la información ajena obtenida con o sin ánimo de lucro.
- c) Pornografía infantil a través de Internet, que implica la grabación y distribución por medio de la red de imágenes de contenido sexual de niños, niñas o adolescentes. Constituye lamentablemente esta conducta una de las de mayor grado de expansión en la actualidad. No obstante las condenas que cada vez son más severas y numerosas, la tendencia es que este tipo de delitos crezca. De igual manera, la aparición de nuevas tecnologías (como la encriptación de datos por ejemplo), dificultan la persecución penal de estos ilícitos.

DE LA ACTIVIDAD DE HACKERS, CRACKERS Y LOS DELITOS INFORMÁTICOS

La palabra Hacker viene del inglés Hack que equivale a cortar a tajos o derribar, y se utiliza generalmente para distinguir a cierto sector de expertos en redes de computadoras, informática, programas y sistemas. Se afirma que un Hacker es un especialista, alguien que ha llegado a dominar de tal manera el ámbito informático, que está por encima de la generalidad. Regularmente, el término Hacker se asocia con el de pirata informático, sin embargo, para estos grupos, sus actividades no son constitutivas de los hechos delictivos que se atribuyen a los piratas.

Para el Hacker, las habilidades, conocimientos y destrezas informáticas tienen una finalidad que es la de ganar reputación, divertirse, aprovechar los recursos a diferencias de otros grupos (Crackers), que tienen como objetivo inmediato la comisión de hechos delictivos con o sin ánimo de lucro. Muchos Hackers son contratados por las grandes transnacionales y gobiernos para proteger sus sistemas informáticos, así como para asesorarlos en materia de investigación y persecución penal de este tipo de hechos delictivos.

Un Cracker como se ha mencionado, se sirve de sus capacidades y conocimientos para su beneficio personal, acciones como violar la seguridad de un sistema informático, propagar virus, boicotear redes sociales, etc. Por consiguiente, muchas de sus conductas recaen en el ámbito de bienes jurídicos que el derecho penal busca tutelar.

El término Cracker también viene del inglés, en este caso de la palabra Crack que puede ser traducida como rajarse, crujiendo, romper. En conclusión, la actividad del Cracker implica la comisión de las conductas descritas en la clasificación mencionada de delitos informáticos, actividades cada vez más frecuentes y que han obligado a los Estados a legislar normativas más severas para reprimir y perseguir este tipo de acciones.



DERECHOS DEL DETENIDO

TRILOGÍA DE PROTECCIÓN FRENTE A LA TORTURA

M.A. Carlos Abrahan Calderón
(Unidad de Impugnaciones Quetzaltenango IDPP)

En Guatemala, una persona solamente puede ser privada de su libertad personal y ser detenida en virtud de proceso penal, teniéndose como presupuesto procesal básico, la existencia de un delito grave de acción pública y motivos racionales suficientes para creer en su participación de ese hecho delictivo. Esta actitud del Estado es de carácter excepcional, puesto que en principio toda persona tiene el derecho de locomoción¹ y solamente puede ser privado de sus derechos –libertad personal– si es citado, oído y vencido en un proceso legal seguido ante juez competente y preestablecido por la ley.²

La detención implica una real privación de derecho a la libertad personal y a partir del momento de la aprehensión, inmediatamente la persona detenida adquiere un cúmulo de derechos que la protegen de los abusos, puesto que la detención no puede ser arbitraria, debe estar fundada en la ley y los procedimientos que se apliquen deben estar acordes al respeto de la dignidad de la persona.

Esta privación de libertad provisional implica un conjunto de obligaciones de parte del Estado para el ciudadano, que consiste en el respeto absoluto a sus derechos humanos; el único derecho que tiene limitado es el de locomoción, pues todos sus demás derechos los sigue teniendo vigentes y adquieren mayor fuerza, las autoridades que participan en la detención deben tener en cuenta que la única finalidad de esta medida de coerción utilizada, es su presentación obligada o forzada, no violenta, ante juez competente para darle la oportunidad de oírle y que pueda ejercitar

¹ Artículo 26. Libertad de locomoción. Toda persona tiene libertad de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional y cambiar de domicilio y residencia, sin más limitaciones que las establecidas por la ley. Constitución Política.

² Artículo 12. Derecho de Defensa. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Constitución Política.

su derecho de defensa, ante la sindicación atribuida por el órgano de persecución penal y que pueda pronunciarse respecto de la existencia de un delito en que se le atribuye su participación.

En principio, el poder del Estado, conforme al principio de legalidad procesal de perseguir penalmente todos los delitos, para que luego de un debido proceso pueda imponer una pena, le está encomendado a los órganos de persecución penal, –Ministerio Público y Policía Nacional Civil– no es absoluto. En principio, encuentra límites en la clasificación de la acción penal establecida en la ley,³ como consecuencia, no es posible aprehender en delito flagrante cuando se trate de delitos privados, cuando siendo delitos de acción pública dependientes de instancia de parte, no se cuente con este presupuesto procesal, o cuando siendo un delito atribuido a funcionario público que goza del derecho de antejuicio, no se cuente con la autorización legal para efectuarla.

Una persona solamente puede ser detenida por 2 únicas razones, lo que debiera ser lo normal; porque se haya emitido una orden por juez competente y excepcionalmente, porque haya sido sorprendida flagrantemente cometiendo el delito.⁴

Cuando el juez ordena una detención, ha revisado cuidadosamente la petición, ha tenido a la vista los medios de investigación recabados por el Ministerio Público con los que se acredita la existencia de un delito y se encuentra justificada la existencia de motivos racionales suficientes para creer en la participación de la persona en el delito atribuido. Siendo así, resuelve mediante un auto fundado su detención con el objetivo de obtener su comparecencia a audiencia oral y para darle la oportunidad de ser escuchado, para posteriormente, decidirse sobre su sujeción al proceso, luego de habersele dado la oportunidad de defenderse del delito atribuido.

En el caso de los delitos flagrantes, en principio, por obligación corresponde a la Policía Nacional Civil efectuar la detención de la persona que haya sido sorprendida en la comisión de un delito de acción pública, o en su caso, detenida luego de perseguida inmediatamente después de

³ Artículo 24. Clasificación de la acción penal. La acción penal se ejercerá de acuerdo a la siguiente clasificación: 1º. Acción Pública. 2º. Acción Pública dependiente de la instancia particular o que requiera autorización estatal; 3º. Acción privada. Código Procesal Penal.

⁴ Artículo 6. Detención Legal. Ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de una orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. Código Procesal Penal.

su comisión, pero esta posibilidad también existe para los particulares a quienes se les atribuye la facultad de hacerlo. La valoración respecto de los presupuestos procesales de la detención corresponde a quién efectúa la detención, los que necesariamente deben existir.⁵ Por supuesto, esta decisión debe ser luego revisada por el juez competente, pues de no haberse dado los presupuestos legales para la detención realizada, se debe ordenar la libertad inmediata del detenido.

Por razón de que el Estado ha privado de su libertad personal a una persona, asume la obligación de resguardarles sus derechos fundamentales;⁶ como consecuencia, la Constitución Política de Guatemala establece los derechos mínimos del detenido, que muchas veces resultan más amplios los que se regulan por la normativa Internacional de Derechos Humanos; el artículo 71 del Código Procesal Penal que desarrolla estos principios, establece:

“Los derechos que la Constitución y este Código otorgan al imputado, puede hacerlos valer por sí o por medio de su defensor, desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra hasta su finalización.

Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier indicación que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o de participar en él, ante alguna de las autoridades de la persecución penal que este Código establece.

Si el sindicado estuviere privado de su libertad, toda autoridad que intervenga en el procedimiento velará para que conozca, inmediatamente, los derechos que las leyes fundamentales del Estado y este Código le conceden.”

⁵ Artículo 257. Aprehensión. La policía deberá aprehender a quien sorprenda en delito flagrante. Se entiende que hay flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento mismo de cometer el delito. Procederá igualmente la aprehensión cuando la persona es descubierta instantes después de ejecutado el delito, con huellas, instrumentos o efectos del delito que hagan pensar fundadamente que acaba de participar en la comisión del mismo. La policía iniciará la persecución inmediata del delincuente que haya sido sorprendido en flagrancia cuando no haya sido posible su aprehensión en el mismo lugar del hecho. Para que proceda la aprehensión en este caso, es necesario que existe continuidad entre la comisión del hecho y la persecución. En el mismo caso, cualquier persona está autorizada a practicar la aprehensión y a impedir que el hecho punible produzca consecuencias ulteriores. Deberá entregar inmediatamente al aprehendido, juntamente con las cosas recogidas, al Ministerio Público, a la policía o a la autoridad judicial más próxima. ... Código Procesal Penal.

⁶ “En los términos del artículo 5.2 de la Convención toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos.” Caso Neira Alegria y otros Vrs. Perú. Sentencia de fecha 19 de enero de 1,995. Corte Interamericana de derechos humanos.

En la normativa Internacional de Derechos Humanos, tenemos una norma que guarda correspondencia con las obligaciones de los Estados de fijar los supuestos de detención en la norma Constitucional a la cual debemos atender estrictamente, y que establece: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.⁷

A continuación corresponde ir definiendo y determinando los alcances de cada uno de los derechos en particular de las personas detenidas o aprehendidas de conformidad con lo preceptuado en la Constitución Política.

1. DERECHO A UNA INTIMACIÓN INMEDIATA

Este derecho se encuentra contenido en el Artículo 7 Constitucional; se describe como la obligación de notificar la causa de la detención, y establece una obligación para quién efectúa la aprehensión. Le corresponde aplicarla a la Policía Nacional Civil en el momento de la detención; esta notificación implica que debe intimarlo, lo que significa explicarle al detenido, los hechos que pesan en su contra y que le son atribuidos, en condiciones de tiempo, lugar y modo; en el caso de existir orden de detención, quién la emitió y el lugar en donde permanecerá mientras se le dé la oportunidad de ser presentado ante juez competente.

Es en este primer momento, en la detención, cuando se intima al detenido, lo que se hace conforme a la información existente en la medida conocida; en el caso de aprehensión en delito flagrante, se trata posiblemente del primer acto del procedimiento y esta intimación tiene el carácter de provisional, la cual se formaliza cuando la dirige el fiscal frente al juez al darle la oportunidad al detenido de prestar su declaración.

La intimación no solo se debe hacer en forma verbal, sino también por escrito. Además, la obligación va mucho más allá al exigir que la información debe ser hecha a la persona que el detenido designe por el medio más rápido posible. Se establece que la autoridad será responsable de la efectividad de la notificación.⁸

⁷ Artículo 7.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁸ “Es evidente que la omisión de dicha notificación por parte de las autoridades de Guatemala constituye igualmente una conducta violatoria del artículo 7 de la Convención, considerando que esa es otra de las condiciones fijadas en la Constitución de Guatemala para la detención.” Informe 28/96 Caso 11.297. Juan Hernández Lima Vrs. Guatemala 16 de Octubre de 1996. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Este derecho se encuentra de acuerdo con la normativa Internacional de Derechos Humanos; al respecto, establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos que “Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora del cargo o cargos formulados contra ella”.⁹

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de manera muy parecida, regula, que “Toda persona detenida o presa será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.”¹⁰

2. DERECHO A UN TRADUCTOR

Este derecho surge del artículo 8 Constitucional, el cual establece que “Toda persona al ser detenida, ya sea por delito flagrante o con orden de juez, debe ser informada inmediatamente de sus derechos en forma que le sean comprensibles.” De ello se extrae que para que sus derechos puedan ser comprensibles, la persona detenida debe hablar el mismo idioma de quién la aprehende, esto quiere decir que si esta persona no habla el idioma oficial¹¹ debe proveérsele inmediatamente de un traductor para que pueda comprender los derechos que le asisten. En principio, se trata de que el detenido tendría derecho a un traductor de su confianza, pero cuando no cuente con él, es obligación del Estado proporcionarle uno de manera gratuita.

La Constitución Política, tácitamente estima como obligatorio que se le provea de un traductor. Esta obligación queda remarcada con la vigencia de la ley de idiomas nacionales¹² que obliga a la Policía Nacional Civil a contar con personal que hable las diversas lenguas para que pueda atender en su propio idioma a las personas detenidas. Este derecho también se encuentra previsto en el artículo 14.3. f) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, casi en los mismos términos.

⁹ Artículo 7.4. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁰ Artículo 9.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹¹ Artículo 143. Idioma Oficial. El idioma oficial de Guatemala, es el español. Las lenguas vernáculas, forman parte del patrimonio cultural de la Nación. Constitución Política de Guatemala.

¹² Ley de Idiomas Nacionales. Decreto 19-2003 del Congreso de la República. El objetivo de la ley es oficializar 22 idiomas existentes en Guatemala, además obligar al Estado a que en la prestación de los servicios públicos, salud, educación, justicia, etcétera, a que se de atención a la población y usuarios en el idioma propio de la comunidad lingüística en donde se presten los servicios.

3. DERECHO A UN ABOGADO

Este derecho se extrae también del artículo 8 Constitucional y se complementa con el contenido del artículo 12 del mismo cuerpo legal; no puede existir un debido proceso sin que a la persona a quién se le señala de la comisión de un delito, pueda defenderse por medio de un abogado defensor y es que la defensa se divide en material, que es aquella que realiza el propio sindicado, y la técnica, que es la que se hace por medio de un abogado. El derecho a un defensor es uno de los más importantes dentro del proceso penal, puesto que por medio del abogado se le abre la puerta al detenido a todos sus demás derechos.

Constitucionalmente, se regula el derecho de defensa, lo cual implica el derecho a contar con un abogado, pero no se especifica la forma de hacerlo, puesto que antes de la existencia del Servicio Público de Defensa Penal, actualmente, Instituto de la Defensa Pública Penal,¹³ no había institución del Estado que proporcionara los servicios de defensa de manera gratuita cuando se trataba de personas económicamente pobres y había que recurrir a los servicios de los bufetes populares de las universidades del país.

La obligación del Estado de Guatemala de proporcionar un abogado gratuito para ejercitar o defender los derechos, es un compromiso internacional previsto en el artículo 8.2 inciso e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 14.3. d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto a este derecho aún es una deuda que se tiene con los ciudadanos guatemaltecos, en el resto de las ramas del derecho, incluso dentro del mismo proceso penal, para la atención a las víctimas del delito, a excepción de víctimas de femicidio y de violencia contra la mujer.¹⁴

¹³ El Servicio Público de Defensa Penal, fue creado en el Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, iniciando a funcionar el día 1 de julio del año 1,994, como una dependencia de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo conforme al Acuerdo de Fortalecimiento del poder civil y función del ejercito en una sociedad democrática, en el párrafo 13 inciso b) del mismo se convino en que fuera una institución autónoma e independiente a los tres organismos del Estado, con la misma jerarquía en el proceso que el Ministerio Público y que alcance efectiva cobertura nacional. Esto se concretó al promulgarse la Ley del Servicio Público de Defensa Penal, Decreto No.129-97 del Congreso de la República, creando entonces al Instituto de la Defensa Penal, como institución autónoma del Estado.

¹⁴ Artículo 19. Asistencia legal a la víctima. El Estado tiene la obligación de brindar la asistencia legal en forma gratuita a la víctima o a sus familiares, debiendo proporcionarles los servicios de una abogada defensora pública o abogado defensor público, para garantizar el efectivo ejercicio de sus derechos. Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer.

Solamente con la participación de un abogado defensor dentro del proceso penal, se garantiza el debido proceso. La Constitución Política refiere que todo detenido tiene el derecho de contar con un abogado y que puede estar presente en toda clase de diligencia policial o judicial; cuando se refiere a sede policial se está abriendo un campo de protección de los derechos del detenido, puesto que tiene acceso a todas las dependencias policiales con el objeto de que sus derechos sean resguardados. El Código Procesal Penal congruentemente ha establecido de manera muy clara que “Para el ejercicio de su función, los defensores serán admitidos de inmediato y sin ningún trámite por la policía, el Ministerio Público o por el tribunal competente, según el caso.”¹⁵ Así mismo también establece: “Cuando el imputado estuviere privado de libertad, cualquier persona podrá asignarle, por escrito, un defensor ante la policía o las autoridades encargadas de su custodia, o verbalmente ante el Ministerio Público o el juez, asignación que se le dará a conocer inmediatamente. En caso de urgencia, comenzará a actuar provisionalmente este defensor.”¹⁶

Este derecho es aplicable también en las faltas,¹⁷ pues resulta que existe una grave violación al debido proceso cuando se emite una sentencia en procedimiento de faltas, sin la participación del abogado defensor; con mayor razón, cuando se emite con base en la confesión provocada, entre otros motivos, que hacen ilegal la actividad del juez de paz en estos casos.

4. DERECHO DE DECLARAR SOLO ANTE JUEZ COMPETENTE

Este derecho se encuentra contenido en el Artículo 9 Constitucional; priva a la Policía Nacional Civil y a cualquier persona del derecho de formular interrogatorio a los detenidos, lo que está correctamente desarrollado en el artículo 88 del Código Procesal Penal que preceptúa, que “La policía sólo podrá dirigir al imputado preguntas para constatar su identidad (...).”

Como es bastante claro en su tenor literal, las autoridades judiciales son las únicas que pueden interrogar a los detenidos o presos, diligencia que

¹⁵ Artículo 94 Código Procesal Penal.

¹⁶ Artículo 98. Código Procesal Penal.

¹⁷ “La denominación de la conducta por la cual se detiene a una persona, ya sea contravención, falta o infracción, no tiene relevancia a los efectos de la aplicación de las garantías establecidas en la Convención. Debido a la gran importancia que tiene el derecho a la libertad personal en el marco de la Convención, la Comisión considera que las garantías procesales reconocidas para aquellas personas privadas de su libertad por haber cometido un delito, son también aplicables a las personas detenidas en virtud de faltas, contravenciones o infracciones.” Informe 28/96 Caso 11.297. Juan Hernández Lima Vrs. Guatemala 16 de Octubre de 1996. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

debe practicarse en un plazo que no exceda de veinticuatro horas. Esta es otra garantía que tiene complemento con el artículo 16 Constitucional, el derecho de no incriminación o de mantenerse en silencio, ya que ninguna otra autoridad puede interrogar a los detenidos o presos, ni el Ministerio Público ni la Policía Nacional Civil.

Para dar una mayor protección, se le restan los efectos jurídicos a la declaración que pueda ser dada en infracción a esta norma, cuando se establece en ella, que un interrogatorio extrajudicial carece de valor probatorio; de esta manera, se cierra aún más la posibilidad de la violación a la norma.

5. DERECHO A SER LLEVADO EN EL PLAZO DE 6 HORAS ANTE JUEZ COMPETENTE (PLAZO RAZONABLE DE LA DETENCIÓN)

Este derecho se encuentra claramente establecido en el artículo 6 Constitucional; en principio, se debe entender que a una persona solo se le puede privar de su libertad mediante orden de juez competente; excepcionalmente, podría hacerse en casos de flagrancia. En cualquier caso, a partir del momento de la aprehensión, quien participa en ella, tiene un plazo para ponerlo a disposición de autoridad judicial competente. Debe tenerse presente que 6 horas es un plazo máximo, por lo que debe entenderse que un detenido debe ser puesto a disposición del juez dentro de un plazo razonable, o sea lo más rápido posible sin que pueda excederse de estas 6 horas, lo que está acorde a lo establecido en el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁸

Sin embargo, tratándose de la detención de adolescentes en conflicto con la ley penal, ni siquiera es válido el plazo constitucional citado, puesto que la ley específica regula que debe ser llevado ante juez competente inmediatamente.¹⁹

¹⁸ Artículo 7.5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁹ Artículo 195. Flagrancia. Cuando el adolescente sea aprehendido en flagrante violación a la ley penal, deberá ser presentado inmediatamente a su detención, ante juez competente. ... En todos los casos, el juez al resolver el caso del adolescente se pronunciará sobre la legalidad de la detención. ... Ley de protección Integral de la niñez y adolescencia.

6. DERECHO A SER OÍDO EN EL PLAZO DE 24 HORAS Y RESUELTA SU SITUACIÓN ANTE JUEZ COMPETENTE (PLAZO RAZONABLE)

En principio, como se indicó, un detenido debe ser puesto a disposición de juez competente en el plazo de 6 horas; en seguida, es aplicable la garantía contenida en el artículo 9 Constitucional que se refiere al derecho del detenido de ser oído dentro de las 24 horas siguientes a partir de su detención;²⁰ la garantía de ser llevado ante juez competente, consiste en que sea revisada la legalidad de la detención, que es un presupuesto procesal básico para pasar a la siguiente etapa del proceso.

Puede darse el caso que la detención sea arbitraria e ilegal, entonces el sentido de la presentación ante juez competente es para que pueda otorgarle su libertad y restablecerle este derecho vulnerado. De lo contrario, es la oportunidad para que el sindicado puede ejercer su defensa material; el juez debe escucharle si es su deseo expresarse y luego de las peticiones de las partes, deberá resolver su situación jurídica, esto es, decidir si se dan los presupuestos para emitir auto de procesamiento, u ordenar su libertad por falta de mérito.

Si decidiera emitir en su contra el auto de procesamiento, debe decidir qué medida de coerción resulta aplicable con el objeto de sujetarlo al proceso y evitar los peligros procesales que hubieran.

Existe un evidente fraude a la Constitución, cuando la ley atribuye al juez de paz, la facultad de escuchar a los detenidos dentro del plazo que manda la Constitución, pero en seguida le prohíbe resolver acerca de su libertad. Esta limitante del juez de paz es inconstitucional, puesto que se trata de la autoridad judicial más próxima, a donde muchas veces son consignados los detenidos por razones de horario; no se debe olvidar que los jueces de primera instancia solamente atienden en horarios de oficina de 8:00 a las 15:30 horas y en días hábiles. Como consecuencia, el juez de paz en aplicación de este derecho, debe tener facultades para ordenar la libertad cuando proceda, en tanto no haya en todo el país, juzgados de primera instancia de atención permanente, que es verdaderamente la manera adecuada de darle cumplimiento a este derecho. Y es que no sirve

²⁰ Artículo 87.- Oportunidad y autoridad competente. Si el sindicado hubiere sido aprehendido, se dará aviso inmediatamente al juez de primera instancia o al juez de paz en su caso, para que declare en su presencia, dentro del plazo de veinticuatro horas a contar desde su aprehensión. El juez proveerá los medios necesarios para que en la diligencia pueda estar presente un defensor. Código Procesal Penal.

de nada que el detenido sea escuchado por el juez de paz, si no puede resolver nada acerca de su libertad personal.²¹

En el caso de detención de adolescentes en conflicto con la ley penal, la situación para este derecho tiene un adecuado desarrollo conforme a la Constitución y a lo que establece el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En horario hábil, se lleva al detenido inmediatamente ante el juez de primera instancia de adolescentes en conflicto con la ley penal; en horario inhábil, es llevado ante el juez de paz que debe atender estos casos en cualquier momento de las 24 horas del día y tiene todas las facultades para oír al sindicado, decidir y declarar ilegal la detención y ordenar la libertad, y establecer los presupuestos para emitir auto de procesamiento. A continuación, está facultado para decidir la medida de coerción aplicable, decidiendo el internamiento como último recurso; preferentemente, debe aplicar medidas sustitutivas a la prisión preventiva pudiendo escoger dentro de un amplio catálogo previsto en la ley.²²

7. DERECHO A SER LLEVADO A UN CENTRO DE DETENCIÓN LEGAL

Este derecho se encuentra previsto en el artículo 10 Constitucional; una persona detenida debe ser llevada a los lugares que legal y públicamente están destinados como centros de detención provisional, no a un lugar distinto. Debe tenerse presente que cuando se detiene a una persona y se pone a disposición del juez, debe ser llevada físicamente ante juez competente. No es legal que se indique en la prevención policial que el detenido se encuentra recluso en las cárceles públicas a disposición del juez, puesto que esto implica que se le dio ingreso sin orden de juez, lo cual está prohibido en la ley.²³ El sentido de la ley, con relación al derecho explicado, o sea el derecho a resolver su situación jurídica en el plazo de

²¹ El tema lo he desarrollado ampliamente, conforme a estudio de casos y trabajo empírico en juzgados de paz, juzgados de instancia y tribunales de sentencia en Quetzaltenango, fue publicado en el 2,006 con el nombre "El encarcelamiento preventivo en Guatemala", Editorial Oscar de León Palacios. Págs. 123 y ss.

²² Artículo 157, 179 y ss. Ley de Protección Integral de la niñez y adolescencia.

²³ "Artículo 5. Legalidad. Toda política y actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados y convenios ratificados por Guatemala, la presente ley, y los reglamentos emitidos de conformidad con la misma y las sentencias judiciales. Nadie podrá ingresar a un centro penal en calidad de detenido, sin orden

24 horas, es que una persona detenida no ingrese a una cárcel si no existe una orden de juez competente; en faltas, el juez competente es el juez de paz, y en delitos, el juez competente es el juez de primera instancia.

Como se vio anteriormente, el juez de instancia no atiende en días y horario inhábil, de ahí el problema del ingreso a la cárcel sin orden de juez competente, lo que justifica la necesidad de que el juez que conozca sobre una detención tenga facultades legales de resolver su situación jurídica, puesto que de lo contrario, se darían casos en que la persona ingrese a prisión sin orden de juez competente, y es probable que luego al ser escuchado el detenido por el juez de primera instancia competente, resuelva que no existen presupuestos para el procesamiento y emita la resolución de falta de mérito, o aplique alguna medida sustitutiva de prisión preventiva, y entonces, en todos estos casos, la privación de libertad personal ha sido injustificada, arbitraria y desproporcionada.

La obligación de llevar a los detenidos a los lugares que oficial y públicamente se encuentran destinados como lugares de detención, tiene el objetivo claro de evitar abusos de autoridad, especialmente proteger al detenido de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, ejecuciones extrajudiciales o desapariciones forzadas. Se debe recordar que estos abusos han ocurrido y siguen ocurriendo en nuestro país; los informes del Procurador de los Derechos Humanos los describen abundantemente.²⁴

Vale la pena hacer mención que Guatemala ha suscrito Convenciones Internacionales y una de las normas aplicables congruentemente con la norma Constitucional en estudio, es el artículo 11 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la cual

de juez competente. Los actos que quebranten estos límites serán nulos y sus autores incurrirán en responsabilidad de acuerdo con la legislación vigente. ..." (la letra cursiva en negrilla es propia) Es que el problema es de fondo, en principio cuando entra en vigencia el Decreto 51-92 del Congreso de la República, Código Procesal Penal, los jueces de paz tenían facultad para resolver la ilegalidad de una detención o en su caso podían resolver la libertad de una persona detenida mediante aplicación de medidas sustitutivas de prisión preventiva, en todo caso también podían resolver sobre prisión preventiva cuando se dieron los presupuestos legales, ésta estaba conforme a lo regulado en el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin embargo mediante Decreto 32-96 del Congreso de la República, se reforma el artículo 44 del Código Procesal Penal, estableciéndose en el último párrafo del artículo en mención, que el juez de paz: "En ningún caso podrán resolver nada sobre la prisión preventiva y libertad de los procesados ni podrán aplicar medidas sustitutivas, excepto cuando los delitos no tengan prevista pena privativa de libertad, ...". Por lo anteriormente indicado, todos los días en Guatemala, se esta cometiendo el delito de Detención Irregular regulado en el artículo 424 del Código Penal. Puede verse: Calderón Paz, Carlos Abraham. Op Cit. Págs. 123 y ss.

²⁴http://www.pdh.org.gt/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=37&Itemid=138

establece que : “Todo estado parte mantendrá sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en cualquier territorio que éste bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura”.²⁵

En cuanto al cumplimiento de otra obligación internacional de la valoración de declaraciones dadas mediante tortura, el Código Procesal Penal establece métodos prohibidos para la declaración,²⁶ pero especialmente, la nulidad de los actos procesales al incurrirse en infracción a estos derechos, “La valoración de los preceptos contenidos en esta sección impedirá utilizar la declaración para fundar cualquier decisión en contra del imputado. ...”²⁷ y luego especialmente se regula: “Prueba inadmisibles. ... Son inadmisibles, en especial, los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido, tales como la tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio o residencia, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y archivos privados.”²⁸

8. DERECHO A NO SER DETENIDO POR FALTAS O INFRACCIONES A LOS REGLAMENTOS

Este derecho se encuentra previsto en el Artículo 11 Constitucional; de esta norma, inicialmente, se extrae la obligación que tiene la Policía Nacional Civil de distinguir entre un delito y una falta contra las personas, puesto que debe tener claro que cuando se trata de faltas no debe detener a las personas.

En principio, la regla general es la libertad para estos casos, incluso cuando se trata de una falta flagrante, la obligación de la Policía Nacional

²⁵ Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1,984, entró en vigor el 26 de junio de 1,987 de conformidad al artículo 27. Guatemala accedió a la Convención el 5 de enero de 1,990.

²⁶ “Artículo 85. Métodos prohibidos para la declaración. El sindicado no será protestado, sino simplemente amonestado para decir la verdad. No será sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa, salvo las prevenciones expresamente autorizadas por la ley penal o procesal. Tampoco se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le harán cargos o reconvencciones tendientes a obtener su confesión.” Código Procesal Penal.

²⁷ “Artículo 91. Código Procesal Penal.

²⁸ “Artículo 183. Prueba Inadmisibles. ...” Código Procesal Penal.

Civil es prevenir al infractor para que dentro de las siguientes 48 horas comparezca ante el juez de paz competente. La función de la Policía se debe limitar a identificar a la persona, para lo cual es suficiente cualquier documento que lo identifique.

La Constitución solamente exige que se identifique por medio de documentación, por lo que interpretando esto extensivamente, se trata de cualquier documento que lo identifique, pudiendo ser, solo por mencionar algunos, pasaporte, cédula, licencia, carne del IGSS, carné estudiantil, etc. Si se carece de algún documento, su identidad pueda establecerse por el testimonio de una persona de arraigo, o por la propia autoridad.²⁹

Cuando definitivamente la identificación de la persona no fue posible por ningún medio, es posible detener a esta persona, pero en este caso, la Policía Nacional Civil no tiene 6 horas para ponerlo a disposición de juez competente, sino cuenta con solamente una hora, como se extrae del artículo constitucional en análisis. Para que esto se cumpla, se sobreentiende que el juez de paz competente debe estar atendiendo las 24 horas del día, ya que como se estableció, ponerlo a disposición significa llevarlo físicamente ante el juez para que inmediatamente resuelva sobre la legalidad o ilegalidad de su detención y resuelva su situación jurídica.

La detención tiene efectos muy limitados en estos casos, puesto que si se utilizó fue excepcionalmente, además porque la medida de coerción no puede ser más grave que la pena que a la persona le puede corresponder, conforme al principio de proporcionalidad. Hay que recordar que en estos casos, al final del procedimiento solamente se puede aplicar el arresto que no puede ser superior a 60 días; en todo caso, esta pena de arresto es conmutable, lo que quiere decir que no necesariamente, la pena al final del procedimiento, implica privación de libertad personal, sino que en razón de la conmuta, puede afectar únicamente su patrimonio.

En cuanto a los delitos contra la seguridad del tránsito y aquellos que únicamente tienen como consecuencia jurídica la pena de multa, por

²⁹ "...el Sr. Hernández Lima portaba documento de identidad al momento de su detención. Sin embargo, fue arrestado por los agentes de policía en contravención a lo establecido en la Constitución guatemalteca. Este hecho por sí solo constituye una expresa y flagrante violación al derecho a la libertad personal reconocido en la Convención. La detención del Sr. Hernández Lima constituye una evidente detención arbitraria en los términos de la Convención" Informe 28/96 Caso 11.297. Juan Hernández Lima Vrs. Guatemala 16 de Octubre de 1996. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

ser competencia del juez de paz, y por tramitarse por el procedimiento de faltas,³⁰ se tendría que interpretar extensivamente que también para estos casos se dan las mismas reglas explicadas, puesto que al final del procedimiento tendremos penas de prisión leves y conmutables y el pago de multas. Basta entonces establecer la identificación del sindicado y prevenirlo para que comparezca ante el juez, o en el caso de detención, ponerlo a disposición físicamente del juez dentro de la hora siguiente.

9. DERECHO A NO SER DETENIDO POR DEUDAS

Este derecho se encuentra expresamente contenido en el artículo 17 Constitucional; categóricamente se expresa en el segundo párrafo: “No hay prisión por deudas”. La interpretación de todos aquellos actos que puedan considerarse deudas debe hacerse en sentido amplio, dejando a salvo, como lo dice la misma Constitución política en su artículo 55, las deudas incurridas en favor de beneficiarios legales por deberes alimenticios, sí se considera punible, puesto que esta negativa a proporcionar alimentos en la forma que la ley prescribe, se configura en un delito de negación de asistencia económica,³¹ sancionándose la actitud dolosa de incumplimiento de la deuda, pudiendo hacerse; no es igual cuando evidentemente una persona carece de recursos económicos para cumplir con esta obligación. Esta norma presenta conflicto de constitucionalidad, porque contradice el artículo 14 de la Constitución Política, referido al principio de presunción de inocencia, puesto que presume que una persona sindicada por el delito de negación de asistencia económica con dolo, deja de cumplir con sus deberes alimenticios, o sea, que se presume su culpabilidad, puesto que si no lo hecho por no tener posibilidades económicas, él lo debe probar.

Aún cuando esta inversión de la carga de la prueba puede considerarse desde algún punto de vista legítima, está en flagrante violación al derecho a la presunción de inocencia, de tal cuenta que lo correcto es probar el

³⁰ “Artículo 24 Bis. Acción Pública. 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.” Código Procesal Penal.

³¹ “Artículo 242. Negación de Asistencia Económica. Quien, estando obligado legalmente a prestar alimentos, en virtud de sentencia firme o de convenio que conste en documento público o auténtico, se negare a cumplir con tal obligación después de ser legalmente requerido, serán sancionados con prisión de seis meses a dos años, salvo que probare no tener posibilidades económicas para el cumplimiento de su obligación.” Código Penal.

dolo y le corresponde al Ministerio Público, quién debe acreditar que el sindicado sí posee recursos económicos y es su voluntad incumplir con estos deberes con el o los alimentistas.

Acerca de la excepción sobre la detención por deudas por deberes alimenticios, en materia Internacional de Derechos Humanos, específicamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, encontramos la misma postura,.

En principio, se dice que no hay detención por deudas, pero se dejan a salvo estos deberes alimenticios.³²

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, podemos encontrar más amplitud acerca de las excepciones a las causas sobre la detención: “Nadie será encarcelado por el sólo hecho de no poder incumplir una obligación contractual”, tal como lo podemos extraer de la norma, la existencia de un contrato inhibe la jurisdicción penal, pues en este caso se cae en el campo del derecho privado o contractual, pudiendo ser el derecho civil u otro, en donde la libre autonomía de la voluntad para contratar y obligarse determina el campo de las consecuencias jurídicas.

Del estudio y del análisis de estas normas, podemos extraer en parte, el principio de intervención mínima, puesto que el derecho penal es de aplicación subsidiaria o de ultima ratio, cuando otros mecanismos de control social no han logrado neutralizar los conflictos, en consecuencia, todo conflicto relativo a deudas debe tramitarse dentro de un proceso civil o mercantil, o el que corresponda según la materia, y no dentro del ámbito penal, de lo contrario sucedería que llegaríamos al extremo de criminalizar la pobreza económica, verbigracia en el caso del delito de negación de asistencia económica.

En la mayoría de casos que se promueven ante tribunales, resulta que la falta de pago de la pensión alimenticia no ocurre porque deliberadamente no se quiera cumplir y se tenga dinero para hacerlo, el problema es la pobreza, falta de empleo, falta de educación, etcétera.

En suma, se trata de problemas sociales que el Estado debería atender mediante el derecho civil y/o administrativo, y no ser una problemática social

³² “Artículo. 7.7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.” Convención Americana sobre Derechos Humanos.

y familiar para ser solucionado por el derecho penal. Criminalizar estos casos, debiera ser el último recurso, ya que se tiene claro, por las investigaciones empíricas que han puesto en relieve las corrientes criminológicas que han desarrollado estudios al respecto, de que el sistema jurídico y sus agentes seleccionan conflictos y personas, y mayormente sucede que quienes se encuentran vinculados a un proceso penal, son las personas económicamente pobres puesto que son más vulnerables al sistema, no tienen dinero, influencias, ni poder.³³

10. DERECHO A NO SER PRESENTADO ANTE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL

Este derecho se encuentra establecido en el último párrafo del artículo 13 Constitucional, en el que se expresa: “Las autoridades policiales no podrán presentar de oficio, ante los medios de comunicación social, a ninguna persona que previamente no haya sido indagada por tribunal competente.”, tal como se extrae de éste artículo, establece una prohibición absoluta, una orden de no hacer dirigida a la policía nacional civil, que consiste en no permitir que una persona detenida quede expuesta a los medios de comunicación social. Al respecto la Corte de Constitucionalidad de ha pronunciado manifestando: “... Este precepto, que entra en armonía con el principio de presunción de inocencia contemplado en el artículo 14 de ese cuerpo de normas fundamentales, conlleva diversos objetivos, pero para el caso puede inferirse uno básico y de carácter garantista que tiende a proteger entre otros aspectos no sólo el derecho a la honra y la dignidad del que se ha hecho mérito, sino también la seguridad y, ante todo, el derecho a la intimidad de aquel individuo que se ve sometido a persecución penal por parte del Estado. Esta protección no debe entenderse limitada sólo a favor de quien se presume vinculado en la comisión de un ilícito

³³ De la teoría del labelling approach a una criminología crítica. De la criminología Crítica a la crítica del derecho penal como derecho igual por excelencia. En principio se distinguen tres mecanismos de criminalización: Criminalización primaria: El mecanismo de la producción de las normas; Criminalización secundaria: El mecanismo de la aplicación de las normas, es decir el proceso penal que comprende la acción de los organismos de averiguación y que culmina con el juicio, y criminalización terciaria: Es el mecanismo de la ejecución de la pena o medida de seguridad. Respecto a éstos tres mecanismos, se hace la crítica al derecho penal: a) El derecho no defiende todos y sólo los bienes esenciales en los cuales están interesados por igual todos los ciudadanos, y cuando castiga las ofensas a los bienes esenciales, lo hace con intensidad desigual y de modo parcial; b) la ley penal no es igual para todos, los estatus de criminal se distribuyen de modo desigual entre los individuos; c) el grado efectivo de tutela y la distribución del estatus de criminal es independiente de la dañosidad social de las acciones y de la gravedad de las infracciones a la ley, en el sentido de que éstas no constituyen las variables principales de la reacción criminalizadora y de su intensidad. Baratta, Alessandro. Criminología Crítica y Crítica del derecho penal. Editorial Siglo XXI editores Argentina, 2,002. Pags. 165 y ss. Además puede verse: “En guatemala se castiga la pobreza y no el delito”. Prensa libre. Revista D. 29 de Marzo 2,009.

penal, sino que con mayor razón a favor de quien por error –atribuido a la autoridad administrativa o judicial– ha visto aparecer su nombre y su imagen –como elementos que lo identifican– en un medio de comunicación social, sindicado de participar en aquella comisión(...)"³⁴

La prohibición de no presentar a los sindicatos a los medios de comunicación social, es antes de que la persona haya dado declaración ante juez competente, protegiéndolo, como lo dice la Corte de Constitucionalidad, de su intimidad, honra, dignidad y presunción de inocencia, puesto que en ese primer momento, la persona adquiere muchos derechos, como los que se han venido desarrollando, pero especialmente para el presente caso, tiene derecho a ser llevada ante juez competente en un plazo razonable –plazo de seis horas– para que a más tardar en 24 horas, se decida sobre la legalidad o ilegalidad de su detención y se resuelva su libertad de manera inmediata. Incluso, no tratándose de una detención arbitraria, recordemos que toda persona goza del status de inocente hasta que no exista una sentencia condenatoria firme en su contra, pues sería una gran perjuicio para su honra y dignidad, la publicación de su fotografía en los medios de comunicación, y después, de un debido proceso, sale absuelto.

La imagen en los medios de comunicación social sobre su detención es la que quedará grabada en el ámbito social donde se desenvuelve, ya que su absolución no es de igual forma publicitada, pero en el caso de que esta persona fuera condenada, su imagen y la información sobre la detención, siempre le resultará perjudicial, pues no resulta favorable para su efectiva readaptación social en el momento en que deba recobrar su libertad, contrario a lo que establece el artículo 19 Constitucional. Si se trata de una detención arbitraria y el juez competente al resolver su situación jurídica, lo hace decretando falta de mérito, o aplicando una medida sustitutiva a la prisión preventiva, sería un grave perjuicio para quién se vio expuesto –previamente a la revisión judicial de la detención y obtención de su libertad– a los medios de comunicación social.

De otro modo, este derecho de no presentación a los medios de comunicación social se vulnera cuando en la primera declaración del sindicado, se permite la publicidad externa, porque mientras no haya sido escuchado en su primera declaración y resuelta su situación jurídica, se le expone a los medios de comunicación social y se perjudica la averiguación de la verdad, al revelar información que permite la ocultación o fuga de sospechosos y la obstrucción, pérdida o alteración de medios probatorios.

³⁴ Gaceta No. 44, expediente No. 1281-96, página No. 378, sentencia de fecha 27 de mayo de 1,997 de la Corte de Constitucionalidad.

En todo caso, se debe tener en cuenta que ser oído públicamente tal como lo expresa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y como lo expresa la Convención Americana sobre derechos humanos, es un derecho en favor del sindicado, no precisamente es una obligación de someterse a la publicidad.

Todo derecho puede ser renunciable cuando no sea contrario al interés social, al orden público, o perjudicial a tercero, ni prohibido por otras leyes.³⁷ De tal cuenta, que en la primera declaración debe preguntarse al imputado si desea la publicidad externa, pues puede que quiera ejercitar este derecho, pero puede ser que no, porque le afecte en su intimidad y su presunción de inocencia como se explicó.

La prohibición de la no presentación dirigida a la Policía Nacional Civil, de no presentar ante los medios de comunicación al sindicado antes de que haya rendido su primera declaración, por analogía se dirige al juez en el momento de recibirle su primera declaración; el sindicado es, quien en todo caso, puede renunciar a este derecho.

Aunque el reglamento de juzgados y tribunales del ramo penal busque la publicidad de todos los actos de proceso penal, en la etapa preparatoria, y especialmente en la primera declaración del imputado, se debe tener el cuidado de no vulnerar el artículo 13 constitucional, o afectar los intereses de la justicia, como lo regula como excepción el Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

12. DERECHO DEL DETENIDO EXTRANJERO A ASISTENCIA CONSULAR

Como parte de los derechos que conforman un debido proceso, deben considerarse otros que puedan corresponder a un grupo de personas por su condición especial; me refiero a las personas extranjeras, puesto que el artículo 44 Constitucional refiere que toda persona tiene otros derechos que aún cuando no estén expresamente previstos en la ley, le corresponden por el simple hecho de que son inherentes a la persona humana.

³⁵ Artículo 14.1. del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

³⁶ Artículo 8.1. de la Convención Americana sobre derechos humanos.

³⁷ Artículo 19. Renuncia de derechos. ... Ley del Organismo Judicial.

En este caso, me refiero al derecho del extranjero que ha sido detenido, de contar con la asistencia consular; pesa sobre el Estado la obligación de comunicar al detenido sobre el derecho que tiene de que se informe a las autoridades consulares de su país de origen, acerca de su situación legal. Si el sindicato acepta este derecho, los funcionarios consulares tendrán derecho a visitarlo y a conversar con él para organizar su defensa ante los tribunales. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando él se oponga expresamente a ello.³⁸ Este derecho ha sido reconocido por el Sistema Interamericano de Derecho Humanos como parte integrante del debido proceso penal.³⁹

13. DERECHO DEL DETENIDO A PROMOVER SU EXHIBICIÓN PERSONAL

Este derecho es esencial, especialmente para aquellos casos de detenciones arbitrarias, cuando se realizan sin la concurrencia de los presupuestos legales que la habilitan según se explicó anteriormente; es una garantía que se encuentra regulada en el artículo 263 de la Constitución Política.

La forma que se regula es bastante amplia, puesto que no solo se refiere a un recurso sencillo y efectivo para evitar las detenciones arbitrarias, sino que puede utilizarse cuando una persona se siente cohibida de cualquier modo, o amenazada por la pérdida del derecho de libertad personal; sirve también cuando una persona esté detenida legalmente y sufra vejámenes de cualquier naturaleza en el centro de detención donde se encuentre. Para el presente caso, en principio, me referiré al derecho a la exhibición personal cuando una persona ha sido detenida arbitrariamente, y para ello, debe hacerse una revisión de cada uno de los presupuestos que habilitan una detención, entendiéndose entonces que en ausencia de presupuestos legales, la detención es arbitraria y por lo tanto ilegal, por lo que es viable promover la garantía de la exhibición personal para que inmediatamente se le otorgue su libertad, que es el bien jurídico más importante después de la vida, como lo refiere la Constitución Política;⁴⁰ de esa cuenta, se encuentra habilitada una garantía para su protección, previéndose, incluso,

³⁸ Artículo 36. 1. c) Convención de Viena sobre relaciones consulares.

³⁹ Opinión Consultiva. 16-99 del 1 de Octubre de 1,999 solicitada por el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos. Corte Interamericana de derechos humanos.

⁴⁰ Artículo 2. Constitución Política.

la actuación de oficio⁴¹ cuando las propias autoridades tengan conocimiento de la existencia de cualquiera de los supuestos de procedencia. Se establece que la petición puede presentarse desprovista de mayores formalismos, pudiendo promoverse por escrito, por teléfono, verbalmente, por el interesado o por cualquier persona a su favor.⁴² Inmediatamente, debe el juez trasladarse al lugar en donde se encuentra la persona privada de su libertad.

Después de comprobar los hechos, puede resolver la libertad inmediata de la persona en cuyo favor se solicitó su exhibición. En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se encuentra prevista esta garantía, cuando se establece que “Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad personal tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también recoge esta garantía expresando: “Toda persona privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuere ilegal.”⁴³

Afortunadamente, tal garantía se encuentra desarrollada en una ley denominada Constitucional, por haberla emitido la misma Asamblea Nacional Constituyente que emitió la Constitución Política de 1,985; además, por su importancia, se recoge en la norma Constitucional.

En Guatemala, este Recurso de Exhibición Personal existe desde 1,934, pues era parte del Código Procesal Penal emitido en esa época dentro del sistema de legislación penal denominado Códigos de Livingston.⁴⁴

⁴¹ Artículos 84, 86,87 y 88 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

⁴² Artículo 85. Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

⁴³ Artículo 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴⁴ Griffith, William J. El gobierno de Mariano Gálvez. Historia General de Guatemala. Tomo IV. Asociación de Amigos del País. Fundación para la cultura y el desarrollo. Guatemala 1,995. Pag. 81.

Cuando todo este cuerpo jurídico de leyes fue derogado, la garantía de la exhibición personal es lo único que quedó con vigencia desde esa fecha; luego, ha sido una garantía prevista en todas las Constituciones de Guatemala, sin embargo, no obstante que se encuentra en la Carta Magna, existe en la práctica una adecuada inutilización, puesto que se interpreta restrictivamente de manera que casi no son declaradas con lugar.⁴⁵

En cuanto a ello, el Informe del Esclarecimiento Histórico refiere su ineficacia acentuándose en gran medida durante el conflicto armado interno, que a pesar de que ha concluido, aún persiste el miedo de resolverlas con lugar;⁴⁶ declararla con lugar implica incoar un proceso en contra de quien incurrió en afectar o amenazar la libertad personal.⁴⁷

La sola amenaza de la pérdida de libertad personal habilita el Recurso de Exhibición Personal y la hace desaparecer. También corresponde resolver la exhibición personal, cuando existe una orden legal de privación de libertad y se afecta la integridad personal; con ello, se le da fin a las vejaciones y a los malos tratos a los que que la persona pudiera estar sujeta, y se consigue el respectivo encauzamiento de los responsables.

⁴⁵ Estudio de casos puede verse: Calderón Paz, Carlos Abraham. Op. Cit. Pag. 78-80 y 133 y ss.

⁴⁶ “Actuaciones y omisiones del organismo judicial, tales como la denegación sistemática de los recursos de exhibición personal, la permanente interpretación favorable a la autoridad, la indiferencia ante la tortura de los detenidos y el establecimiento de límites al derecho a la defensa constituyeron algunas de las conductas que evidencian la carencia de independencia de los jueces, que fueron constitutivas de graves violaciones del derecho al debido proceso y de infracciones al deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos humanos. Los contados jueces que, manteniendo su independencia, no abdicaron al ejercicio de su función tutelar, fueron víctimas de actos represivos, incluyendo el asesinato y las amenazas, sobre todo en la década de los ochenta.” Conclusiones del Informe del Esclarecimiento Histórico. Guatemala memoria del silencio.

⁴⁷ Artículos 92, 107, 108 Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

BIBLIOGRAFÍA:

1. Baratta, Alessandro.

Criminología crítica y Crítica al derecho penal. Siglo XXI editores. Argentina, 2002

2. Calderón Paz, Carlos Abraham.

El encarcelamiento preventivo en Guatemala. Editorial Oscar de León Palacios. Guatemala, 2006

3. Griffith, William J.

Fundación para la cultura y el desarrollo. Asociación de Amigos del país. Guatemala, 1995

JURISPRUDENCIA:

Sentencias y Opiniones Consultivas Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
Sentencias de la Corte de Constitucionalidad.

LEYES Y CONVENCIONES:

Constitución Política de 1985.

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

Ley de Organismo Judicial.

Código Procesal Penal.

Ley del Servicio Público de Defensa Penal.

Ley de Protección Integral de la niñez y adolescencia.

Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer.

Ley de Idiomas nacionales.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Convención de Viena sobre relaciones consulares.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

PAGINAS WEB:

<http://www.pdh.org.gt>

The background of the slide features a stylized world map with a blue ocean and green and brown landmasses. In the foreground, several hands of different skin tones are clasped together in a supportive grip, symbolizing global unity and human rights. The text is centered over the map.

DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA INTERNACIONAL AMERICANA

DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA INTERNACIONAL AMERICANA.

Lic. Otto Aroldo Ramírez Vásquez
(Coordinador Departamental de Jalapa IDPP)

El ser humano siempre ha estado preocupado desde tiempos milenarios por la protección de sus intereses particulares, y uno de esos intereses ha sido la protección de los derechos que le son inherentes, claro que en el transcurso de la historia, de alguna forma ha sido cierto tipo de grupo social el que ha invocado el ejercicio de ciertas virtudes que le son propias, pero esa invocación ha ido desarrollándose paulatinamente a tal punto, que en la actualidad existen organismos a nivel nacional e internacional que vigilan la observancia y la protección de los derechos humanos. En efecto, en el continente americano existen dos órganos; uno es la Comisión y el otro es la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

El artículo 111 de la Carta¹ establece que habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia, es decir, que de manera general, se establecen los parámetros de la actuación de ese organismo internacional, atribuciones que son ampliadas por el artículo 41 de la Convención Americana de Derechos Humanos – CADH -; en tanto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue creada por el capítulo VIII de la Convención Americana Sobre de Derechos Humanos (Pacto de San José), el cual constituye un órgano de litigio y de resolución de controversias litigiosas que provengan por remisión de la Comisión; entre sus funciones tiene las de establecer cuándo hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención; la Corte dispondrá que se garantice al lesionado, el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos, y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

¹ Me refiero a la Carta de la Organización de Estados Americanos.

En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar por solicitud de la Comisión. Como podemos observar, la comisión se transforma en un “filtro” de los casos que le son sometidos y es que hay que tomar en cuenta que ante la Corte no se aceptan litigios individuales, sino solo por recomendación de la Comisión, salvo el caso de litigio individual previa denuncia de la Comisión², la que puede solicitar a los Estados partes en casos urgentes y graves por peligros de daños irreparables, la adopción de medidas cautelares y cuando sean ineficaces o insuficientes, puede solicitar a la Corte la adopción de medidas provisionales en los casos de extrema gravedad y urgencia, para que en estos casos, la Corte decida lo procedente.

Para realizar una petición individual ante la Comisión se deben seguir las siguientes indicaciones:

a) El trámite es gratuito, no tiene costo alguno y no necesita de mayores formalidades o solemnidades, el valladar es el acceso a esa justicia internacional que puede ser oneroso por el traslado de objetos o personas, pero en el litigio ante ella, no es oneroso;

b) Que se hayan agotado los recursos internos, o en su caso, que exista la amenaza de un daño irreparable, que falte el debido proceso judicial para la protección del derecho violado, la denegación de justicia y retardo injustificado en la decisión de los recursos internos;

c) La denuncia es en contra del Estado no de personas, por eso una vez analizada la responsabilidad internacional del Estado, se puede someter a la jurisdicción de la Corte;

d) Las peticiones pueden ser hechas por cualquier individuo, cualquier grupo de personas o cualquier ONG reconocida legalmente en América;

e) Que la petición sea oportuna, o sea, dentro de los seis meses en que la persona fue vulnerada de sus derechos y que no haya duplicidad de solicitud de justicia internacional;

² Jurisprudencia que quedó asentada en debido al litigio realizado por el Instituto de la Defensa Pública Penal, de Guatemala, ante la Corte.

f) Que de conformidad con los artículos 28 y 47 del Reglamento de la Comisión, se llenen los siguientes requisitos: datos generales del peticionario; indicación si desea que su identidad sea guardada en secreto frente al Estado; dirección para recibir correspondencia, en su caso, fax, teléfono, facsímil y dirección de correo electrónico, relación de los hechos con especificación de las violaciones alegadas; de ser posible, el nombre de la víctima, así como el nombre de cualquier autoridad pública que haya tomado conocimiento del hecho o situación denunciada; indicación del Estado que el peticionario considera responsable de la violación de alguno de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana y otros instrumentos aplicables, aunque no se haga una regencia específica al artículo presuntamente violado; cumplimiento con el plazo de seis meses para presentar la petición; indicar y presentar toda la documentación necesaria que pruebe las gestiones emprendidas para agotar los recursos de la jurisdicción interna o en su caso por qué la imposibilidad de hacerlo; indicación si la denuncia ha sido sometida a otro órgano internacional.

Un esquema de la petición puede ser dividida en los siguientes aspectos: introducción y datos de los peticionarios; contexto; hechos; agotamiento de los recursos internos; información sobre la posible duplicidad de procedimientos internacionales; otros requisitos de admisibilidad; análisis de los derechos de la Convención presuntamente violados; reparaciones y costas; peticiones; prueba.

Hay que tomar en cuenta que la Comisión y la Corte no resuelven casos concretos sometidos a los tribunales de justicia de los Estados partes, sino que resuelven los asuntos sometidos a su conocimiento y que contengan la presunta violación a los derechos humanos contenidos en la Convención Americana Sobre de Derechos Humanos y tratados internacionales. Indudablemente que según mi criterio el más grande obstáculo que se tiene para el acceso a esa justicia es que la Comisión se encuentra en Washington, Estados Unidos de América, y la Corte en San José, Costa Rica, y eso es lo que hace a veces un tanto inaccesible esa justicia internacional; pero en la actualidad, hay varias organizaciones de derechos humanos que coadyuvan en la búsqueda de la justicia internacional, como el Ombusman, la fundación Mirna Mack, el Grupo de Apoyo Mutuo, etc., o el Instituto de la Defensa Pública Penal, que ha logrado sentar Jurisprudencia ante esos organismos internacionales.

No está de más, indicar que ante foros, conferencias u organismos internacionales por experiencia propia, el Instituto de la Defensa Pública Penal de Guatemala, bajo la administración de la Directora General Licenciada Blanca Aída Stalling Dávila, es una institución que tiene un gran respeto y aceptación.

BIBLIOGRAFÍA

1. Carta de la Organización de Estados Americanos.
2. Convención Americana de Derechos Humanos
(Pacto de San José).
3. Constitución de la República de Guatemala.
4. Guía para defensores y defensoras de Derechos Humanos.
Centro por la Justicia y el Derecho
Internacional. San José Costa Rica.
5. Corte Interamericana y Tribunales Internos.
Diego García Sayan.
Juez de la Corte
Interamericana de Derechos
Humanos.

EL ABORTO DE LA MUJER PSÍQUICAMENTE ALTERADA



EL ABORTO DE LA MUJER PSÍQUICAMENTE ALTERADA

M.A. José Gustavo Girón Palles
(Coordinador UNIFOCADEP)

Aparentemente, el tema del aborto es una de los más trillados, pero cuando se enfoca desde el punto de vista de la bioética y del derecho penal, nos hace reflexionar, y más aún en el proceso penal, ya sea como jueces, fiscales o defensores, porque en la práctica nos corresponde interpretar las normas para defender derechos como la vida humana, en el caso del nasciturus o nuevo ser, y la libertad, en el caso de la madre, y en ambos, la dignidad de la persona.

El tema se inicia con una definición y posteriormente se describen las distintas clases de aborto que regula la legislación guatemalteca, para llegar al aborto procurado de la mujer psíquicamente alterada, en donde brevemente, me refiero a la incapacidad penal y a la regulación en Guatemala, como causas de inimputabilidad.

Por considerar que la alteración psíquica de la mujer embarazada es un aspecto que debe examinarse desde la perspectiva de los derechos humanos de las féminas, se proponen algunas causas que pueden originar alteración emocional debido a la gestación, y la forma en que debe ser abordada por los funcionarios de justicia, y de manera especial, por los defensores públicos, para establecer si hay incapacidad para la imposición de la pena originada por violencia contra la mujer.

El artículo concluye con la despenalización del aborto de la mujer psíquicamente alterada por medio del criterio de oportunidad, con la sugerencia de que se atienda integralmente a la imputada por este tipo penal, en vez de imponerle reglas o medidas de abstención.

1. DEFINICIÓN

Gramaticalmente, aborto es la “interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadas. Puede constituir eventualmente un delito”. (Diccionario de la Real Academia Española).

Se conoce como aborto a la muerte del producto de la concepción o feto. En la misma forma, el artículo 133 del Código Penal de Guatemala preceptúa que el aborto “Es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de preñez.”

El profesor Manuel Cobo del Rosal (2005:243), indica que “es la muerte del denominado, por así decir, producto de la concepción, en el vientre de la madre, producida durante cualquier momento de la etapa que va desde la fecundación (unión de óvulo- espermatozoide) hasta el momento previo al nacimiento. No cabe duda que la expulsión y la subsiguiente muerte del feto, fuera del vientre materno, constituye sin duda, tradicional y actualmente en el Código Penal Español, también un aborto para efectos penales.”

Este último concepto es mucho más amplio, ya que incluye la muerte del feto dentro del vientre materno, así como la expulsión y su subsiguiente muerte. Es similar al tipo penal de infanticidio regulado en el artículo 129 del Código Penal Guatemalteco, cuando la muerte del feto ocurre fuera del vientre materno: “La madre que impulsada por motivos íntimamente ligados a su estado, que le produzcan indudable alteración síquica, matare a su hijo durante su nacimiento o antes de que haya cumplido tres días, será sancionada con prisión de dos a ocho años.” Parece más razonable la posición española de incluir la muerte del feto fuera del vientre materno como aborto.

1.1. EL ABORTO COMO TIPO PENAL

Aunque haya dos corrientes, una en favor de aborto y otra en contra, la mayoría de países penaliza el aborto por considerar que su práctica es una lesión a los bienes jurídicos que merecen protección legal. La Constitución Política de la República de Guatemala lo regula en el artículo 3º, “Derecho a la vida. El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”. Considera que la vida surge desde la concepción (unión del espermatozoide con el óvulo).

En la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, se define en el artículo 2º, “Para los efectos de esta ley se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años de edad, y adolescente a toda aquella desde los trece hasta que cumple dieciocho años de edad”. Esta definición supera al criterio civilista de la personalidad para los fines de sus derechos civiles, artículo 1º del Código civil: “La personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte, sin embargo, al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad”.

Por el valor que representan la vida y la dignidad humana, la legislación guatemalteca protege la vida humana desde el momento de la concepción, penalizando las conductas que atenten contra este valor que adquiere la categoría de bien jurídico tutelado.

1.2. BIEN JURÍDICO.

Como objeto jurídico de protección del Estado, se tutela la vida humana que principia con el producto de la concepción. Como objeto material, se protege a ese ser celular producto de la unión de óvulo con espermatozoide. Para efectos jurídicos, le denominaremos a este ser, el nasciturios, (sentencia del Tribunal Constitucional español de 15 de abril de 1985): La punición del aborto se fundamenta en el principio de dignidad de la persona y, en último extremo el bien jurídico protegido y encarnado en el nasciturios es la vida humana dependiente. “La embriología y biogenética han demostrado, con absoluta certeza, que la vida de un nuevo ser humano comienza en el momento en que se unen el gameto masculino (espermatozoide) y el gameto femenino (óvulo). En el proceso de fusión se unen 23 cromosomas del espermatozoide materno a los 23 cromosomas del óvulo paterno. En ese mismo instante se forma una nueva célula de 46 cromosomas, llamada cigoto, el cual contiene una nueva combinación de material genético, resaltando un individuo diferente tanto de los padres como del cualquier otro en el universo” (Cobo del Rosal,2005:246).

1.3. SUJETO PASIVO

Sujeto pasivo de este tipo penal es el nasciturios o nuevo ser humano dentro del vientre materno.

1.4. SUJETO ACTIVO

Puede ser la madre que cause el aborto, u otra persona hombre o mujer que en forma directa participe en la muerte del nasciturus.

1.5. CLASES DE ABORTO

a. PROVOCADO, INDUCIDO O PROCURADO

Es el que la madre con o sin su consentimiento realiza, ya sea por razones terapéuticas, o por no querer que nazca el (la) bebé, ya sea por distintas razones personales, interés o por provocación de un tercero. Por la forma de realizarlo, puede ser natural, químico o violento.

El Código Penal regula en el artículo 134 el aborto procurado: “La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será sancionada con prisión de uno a tres años. Si lo hiciere impulsada por motivos que, ligados íntimamente a su estado, le produzcan indudable alteración psíquica, la sanción será de seis meses a dos años de prisión.”

También se penaliza el aborto con o sin consentimiento, artículo 135 del Código Penal: “ Quien, de propósito causare un aborto, será sancionado:

- 1º. Con prisión de uno a tres años, sí la mujer lo consintiere;
- 2º. Con prisión de tres a seis años, si obrare sin consentimiento de la mujer.

Si se hubiere empleado violencia, amenaza o engaño, la pena será de cuatro a ocho años de prisión.”

b. ABORTO TERAPÉUTICO.

Es el aborto clínicamente practicado para salvar la salud o la vida de la madre, Guatemala lo incluye en el artículo 137 Código Penal: “No es punible el aborto practicado por un médico, previo diagnóstico favorable de por lo menos otro médico, si se realizó sin la intención de procurar directamente la muerte del producto de la concepción y con el solo fin de evitar un peligro, debidamente establecido, para la vida de la madre, después todos los medios científicos y técnicos”.

c. ABORTO ÉTICO

Estas son propuestas doctrinarias para la despenalización del aborto en los casos que la mujer no haya dado su consentimiento para quedar embarazada, ya sea por haber atentado en contra de su libertad sexual, como resultado de una violación sexual, o en los casos de reproducción asistida sin el consentimiento de la mujer. Su despenalización se fundamenta en el derecho a la dignidad de la persona, la libertad de la mujer para decidir cuando embarazarse, y especialmente en la libertad sexual. Hay propuestas para despenalizar el aborto bajo estas circunstancias: “En mi parecer, por tanto, abogar por una propuesta lege ferenda que solucione los supuestos planteados y que bien pudiera ser añadiendo una indicación que podríamos denominar “indicación delictual”, que vendría a solucionar aquellos supuestos donde la madre quedase embarazada sin su consentimiento por causa de delito cometido contra ella. Su formulación legal podría ser la siguiente: no será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o en establecimiento sanitario público o privado, acreditado y con consentimiento de la mujer embarazada, cuando concurren algunas de las circunstancias siguientes: que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito, siempre que el aborto se practicare dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.” (Rubio Lara, 2000:264).

En Guatemala, el tipo penal de violación se regula en el artículo 173 del Código Penal en el capítulo de violencia sexual: “Quien con violencia física o psicológica, tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona, o le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos, por cualquiera de las vías señaladas, u obligue a otra persona a introducirselos a sí misma, será sancionado con pena de prisión de ocho a doce años. Siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad, o cuando sea persona con incapacidad volitiva o cognitiva, aún cuando no medie violencia física o psicológica. La pena se impondrá sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos.” Y la reproducción asistida sin consentimiento de la mujer, se regula en el artículo 225 “A” del Código penal con el tipo penal de inseminación forzada: “Será sancionado con prisión de dos a cinco años e inhabilitación especial

hasta diez años el que, sin consentimiento de la mujer procurare su embarazo utilizando técnicas médicas o químicas de inseminación artificial. Si resultare el embarazo, se aplicará prisión de dos a seis años e inhabilitación especial hasta quince años. Si la mujer sufre lesiones gravísimas o la muerte, se aplicará prisión de tres a diez años e inhabilitación especial de diez a veinte años.”

Se transcriben estos tipos penales para que el lector observe que en ambos predomina la violencia física, cuyos resultados los sufre la víctima de violación y que además, origina secuelas traumáticas a nivel de la personalidad de la agraviada, a quien en determinado momento le será muy dificultoso ser madre o pueda resultar con alteraciones psíquicas.

d. ABORTO EUGENÉSICO

Esta propuesta de despenalización es producto de los avances tecnológicos de la medicina, como los ultrasonidos y otros diagnósticos, con los que se puedan detectar taras o enfermedades que puedan ser demasiado perjudiciales para el nasciturios, como para el nacimiento y vida del niño. El fin del aborto eugenésico es evitar el sufrimiento físico del niño.

La propuesta legal de practicar el aborto eugenésico “para el caso de que el feto, haya de nacer con importantes taras psíquicas o físicas dentro de las veintidós semanas de gestación.” (Rubio Lara, 2005:247). Por supuesto exige la comprobación médica de la necesidad de su práctica con el dictamen de dos médicos especialistas.

e. OTROS TIPOS DE ABORTO

a) No provocado o aborto natural producido por circunstancias biológicas dentro del útero. No es punible.

b) Aborto preterintencional. Quien, por actos de violencia ocasionare el aborto, sin propósito de causarlo, pero constándole el estado de embarazo de la ofendida, será sancionarlo con prisión de uno a tres años. Si los actos de violencia consistieren en lesiones a las que corresponda mayor sanción, se aplicará esta aumentada en una tercera parte. Artículo 138 CP.

c) Aborto culposo y tentativa

La tentativa de la mujer para causar su propio aborto y el aborto culposo propio, son impunes. El aborto culposo verificado por otra persona, será sancionado con prisión de uno a tres años, siempre que tal persona tenga conocimiento previo del embarazo. Artículo 139 CP.

d) Aborto causado o provocado por un médico que, abusando de su profesión, causare el aborto o cooperare en él, será sancionado con las penas señaladas en el artículo 135, con multa de quinientos a tres mil quetzales, con inhabilitación para el ejercicio de su profesión de dos a cinco años. Iguales sanciones se aplicarán, en su caso, a los practicantes o personas con título sanitario, sin perjuicio de lo relativo al concurso de delitos. Artículo 140 CP.

f. CONCURSOS

Hay concurso medial cuando un delito es el medio para la comisión de otro, tal es el caso del aborto calificado en donde del aborto surge la muerte de la mujer, con o sin su consentimiento. Artículo 136 del Código Penal: “Si a consecuencia del aborto consentido o de las maniobras abortivas consentidas, resultare la muerte de la mujer, el responsable será sancionado con prisión de tres a ocho años. Si se tratare de aborto o maniobras abortivas efectuados sin consentimiento de la mujer y sobreviniere la muerte de ésta, el responsable será sancionado con prisión de cuatro a doce años.”

2. INCAPACIDAD POR ALTERACIÓN PSÍQUICA

La imputabilidad como ausencia de capacidad de comprensión de la conducta antijurídica, tiene su efecto en la no determinación de su conducta, o de no dirigir sus acciones de acuerdo con esa comprensión. La persona con alteración psíquica no es capaz de comprender sus acciones, y si realiza una conducta prohibida, no se le impondrá una pena, sino una medida de seguridad.

Como explica Zaffaroni, “La perturbación de la conciencia por insuficiencia de las facultades o alteración de las facultades tiene como efecto la imposibilidad de comprender la antijuricidad de la conducta o de dirigir las acciones conforme a esta comprensión. (Zaffaroni, 1998:538)

En Guatemala, la alteración psíquica es muy amplia, al extremo de describirla como enfermedades de la mente que explican parcialmente las alteraciones mentales, e incluye la perturbación mental transitoria. El artículo 23 del Código Penal establece en su numeral 2º como causas de inimputabilidad: “Quien en el momento de la acción u omisión, no posea por causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente.”

Estas enfermedades como alteraciones emocionales o mentales repercuten en la conducta de la persona y le impiden comprender sus actos. También se incluyen anormalidades psicológicas o emocionales. Las enfermedades más comunes son las psicosis (esquizofrenia, la paranoia, la psicosis maniático depresiva, la epilepsia), las psicopatías, y las neurosis.

Otro de los supuestos contemplados por la legislación guatemalteca es el trastorno mental transitorio como una perturbación mental pasajera que inhibe la conciencia para comprender la conducta que realiza. Las causas pueden ser endógenas, exógenas o combinadas. Pueden incluirse aquí los estados pasionales o emotivos, o post-operatorios, o bien ingestión, inhalación de drogas, o embriaguez, siempre y cuando no sea con el propósito para cometer el acto. Para cada caso concreto, se debe apreciar además del informe psiquiátrico, el historial de la vida de la persona, sus aspectos biológicos, psicológicos, hereditarios, y la influencia del medio ambiente en donde vive.

3. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DEL ABORTO DE LA MUJER PSÍQUICAMENTE ALTERADA

Este tipo penal es uno de los supuestos del aborto procurado, regulado en el artículo 134 del Código penal: “La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será sancionada con prisión de uno a tres años. Si lo hiciere impulsada por motivos que ligados íntimamente a su estado, le produzcan indudable alteración psíquica, la sanción será de seis meses a dos años de prisión.”

Respecto de la sanción, si la mujer tiene capacidad de culpabilidad o es imputable, se castigará con prisión de uno a tres años; y si sufre de

alteración psíquica impulsada por motivos del embarazado, será sancionada con prisión de seis meses a dos años.

Esta alteración psíquica, se legisló como atenuante y no la exime de la pena por no darle el carácter de inimputable.

El Código Penal de Guatemala, Decreto No 17-73 del Congreso de la República, es del año 1973 en donde se incluyó este tipo penal, y hasta la fecha, el artículo 134 no ha sido reformado.

3.1. DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO DE LA MUJER PSÍQUICAMENTE ALTERADA

En 1973, cuando se legisló este tipo penal, no se consideraba a la mujer en una situación de igualdad; no se tomó en cuenta su situación de mujer ni las causas que pudieran provocar su alteración psíquica, y se penalizó este tipo de aborto con prisión de seis meses a dos años. Desde un punto de vista procesal, la mujer juzgada por ese tipo penal no tenía ningún beneficio, ya que hasta 1994 cuando entró en vigencia el nuevo Código Procesal Penal, se incluyó el principio de oportunidad como excepción al principio de legalidad, incluso, en ese año se incluyeron los tipos penales de adulterio y concubinato en los artículos 232 al 235, que afortunadamente fueron declarados inconstitucionales (expediente 936-95 de la Corte de Constitucionalidad).

En la misma forma, fue suprimido el artículo 200 del Código Penal que regulaba la extinción de la pena al ofensor de delitos de violación, estupro por matrimonio de la víctima con el ofensor (expediente número 2818-2005 del tribunal constitucional antes citado).

Estos ejemplos de inconstitucionalidades sirven para ilustrar la concepción sexista (machista) de la época, en donde no se reconocía el derecho de igualdad a la mujer desde un punto de vista material, tampoco se tomaba en cuenta la dignidad humana de las féminas.

La suscripción de las Convenciones sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (siglas en inglés CEDAW) y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (conocida como Belem do Pará), influyeron positivamente para que se declararan las inconstitucionalidades antes descritas, y que los funcionarios de justicia en los procesos donde hubiera mujeres víctimas o sindicadas, pudieran considerarlas como población vulnerable para llevar a la práctica una igualdad material.

3.2 POSIBLES CAUSAS QUE PUEDEN PROVOCAR ALTERACIÓN PSÍQUICA EN LA MUJER EMBARAZADA

Previo a la primera declaración, es muy importante entrevistar a la mujer sindicada de un delito. Hay que poner mucha atención en los relatos de su vida familiar, social, su estado físico y cualquier circunstancia útil para su defensa, pues ayuda a determinar las posibles causas de alteración psíquica, antes del examen por un psicólogo, psiquiatra, trabajadora social o experto en género.

a. VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

Es una de las causas más frecuentes de trastorno mental transitorio, máxime cuando la mujer ha sido agredida física, verbal o psicológicamente. La Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, regula en el artículo 3º letra m), la violencia psicológica o emocional a las acciones que pueden producir daño o sufrimiento psicológico, o emocional a una mujer, sus hijas o a sus hijos, así como las acciones, amenazas o violencia contra las hijas o los hijos, y otros familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de la víctima; en ambos casos, con el objeto de intimidarla, de menoscabar su autoestima o controlarla, la que sometida a ese clima emocional, puede sufrir un progresivo debilitamiento psicológico con cuadros depresivos.

Se debe establecer si sufre de violencia física o sexual, “si ha pasado al menos dos veces por el ciclo de violencia, si presenta el síndrome de indefensión aprendida, si está sujeta, conciente o inconcientemente a las creencias tradicionales respecto del rol de género y si presenta aislamiento social” (Corsi citado Manual de Estrategias de litigio con enfoque de género- 2006:37)

b. EL ABANDONO DE PARTE DEL MARIDO O CONVIVIENTE

La mujer embarazada que es abandonada por el marido, conviviente, o hasta por la propia familia, sin apoyo económico, moral, físico, médico o que recibe la censura de parte de los familiares y de la sociedad por estar embarazada y no haberse casado, provocan miedo y desesperación que la llevan a la obcecación, además de las molestias físicas que sufre por el embarazo.

c. CARENANCIA DE TRABAJO O PÉRDIDA DEL EMPLEO

Hay empresas que al enterarse del embarazo de una trabajadora rescinden el contrato de trabajo buscando cualquier pretexto. Otras no contratan mujeres embarazadas para evitar otorgarles el derecho al período prenatal y post natal, así como el tiempo para la lactancia materna. Se agrava la situación cuando la mujer es la única que trabaja en la familia y tiene otros hijos. Habría que imaginarse el estrés que provoca el miedo a no poder subsistir en una sociedad que discrimina laboralmente a la mujer embarazada.

Afortunadamente, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Estados se obligaron a tomar las medidas adecuadas en el artículo 11.a) a impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, para prohibir bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil.

d. OTRAS CAUSAS

Puede ser que la mujer sea indigente, o que sufra de enfermedad mental y que además sea violada por otros indigentes provocando un embarazo no deseado, y que aborte o muera el niño después de nacer por diversas causas especialmente un parto en la vía pública, e incluso el consumo de algún medicamento que pudiera provocar perturbación mental.

4. DESPENALIZACIÓN POR VÍA PROCESAL

Lo ideal en la audiencia de primera declaración es tener un mínimo probatorio de alteración psíquica, para fundamentar ausencia de voluntad en la acción y lograr la libertad de la fémina por falta de mérito. En todo caso un argumento jurídico motivado en lo perjudicial de la medida de coerción prisión preventiva para la salud emocional y física de la mujer, en este caso, argumentar la solicitud de una medida sustitutiva de privación de libertad como el arresto domiciliario.

El defensor o defensora deberá requerir los exámenes psiquiátricos, psicológicos, estudio socio-económico, peritaje de género, y si son favorables proponer la suspensión del proceso, o solicitar un criterio de oportunidad

ya que la mínima culpabilidad y la sanción asignada al tipo penal lo permiten. Se deben exponer los argumentos con enfoque de género que presentará la defensa evitando una interpretación androcentrista de la norma penal por parte de otros funcionarios de justicia (fiscal y juez), y evitar la discriminación de la ley y ante la ley tal como lo preceptúa el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Si le otorgan el criterio de oportunidad se debe solicitar que no le impongan trabajo comunitario como medida y regla de abstención porque le perjudica y psíquicamente alterada no podría cumplir esta medida con el riesgo que le imputen desobediencia. En cumplimiento de los compromisos adquiridos por Guatemala en el artículo 7 de la Convención de Belem do Pará, las autoridades judiciales deben actuar con diligencia debida evitando violencia contra la mujer, y otorgar como beneficio asistencia integral como la atención de emergencia, de apoyo, de refugio, así como de recuperación, así como atención multidisciplinaria establecida en el artículo 3. d) de la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, ya que en todo caso es una mujer víctima que necesita:

1. Atención médica y psicológica.
2. Apoyo social.
3. Seguimiento legal de las reclamaciones de los derechos de la mujer.
4. Apoyo a la formación e inserción laboral.
5. Asistencia de un intérprete.

CONCLUSIONES

Ø El aborto es la muerte del producto de la concepción (unión de ovulo con el espermatozoide).

Ø La Constitución Política de la República de Guatemala y leyes ordinarias, protegen la vida humana desde el momento de la concepción.

Ø En el tipo penal del aborto, el objeto jurídico de tutela es derecho a la vida del feto o nacsiturios considerado como persona, y el objeto material es el embrión o nacsiturus.

Ø El aborto de la mujer psíquicamente alterada es penalizado con prisión de seis meses a dos años, y en relación al aborto provocado por una mujer penalmente capaz, es un tipo penal privilegiado o atenuado.

Ø La alteración psíquica es una de las causas de eximente de la responsabilidad, por incapacidad penal.

Ø Las causas de la alteración psíquica en la mujer embarazada además de las patológicas, pueden ser violencia psicológica o emocional, física, sexual, abandono del marido, conviviente, o la familia, y despido del trabajo,

RECOMENDACIONES

o El defensor o defensora pública debe poner mucha atención en la entrevista con la mujer sindicada de aborto y tratar de indagar si la acción la realizó en estado mental transitorio (mujer psíquicamente alterada).

o Evitar la medida de coerción de prisión preventiva porque es perjudicial para la mujer psicológicamente alterada.

o Al sospechar que hubo un trastorno mental transitorio, deberá solicitar el peritaje psiquiátrico psicológico, en todo caso un peritaje de género.

- El aborto procurado cuando la mujer estuvo psíquicamente alterada se puede despenalizar por medio de un criterio de oportunidad.
- Para evitar una interpretación androcentrista del artículo 134 del Código penal, el defensor deberá argumentar y orientar a los funcionarios de justicia, sobre las obligaciones que contrajo el Estado de Guatemala, para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la mujer, y su discriminación.

BIBLIOGRAFÍA

1. Cobo del Rosal, Manuel.
Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Editorial Dykinson S.A. Madrid. 2005.
2. Girón Palles, José Gustavo.
Teoría del Delito. Instituto de la Defensa Pública Penal. Guatemala. 2008.
3. Paz y Paz, Claudia y otros autores.
Manual de Estrategias de Litigio con Enfoque de Género. WLR/USAID. Guatemala, 2006.
4. Rubio Lara, Pedro Ángel.
Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Editorial Dykinson S.A. Madrid. 2005.
5. Zaffaroni, Eugenio Raúl.
Manual de Derecho Penal. Editorial EDIAR Sociedad Anónima. Buenos Aires .1998.

INTERNET

Diccionario de la Real Academia Española www.rac.es

The background of the slide is a composite image. On the left, there are the scales of justice, a symbol of law and equity. On the right, a hand holds a wooden gavel, a symbol of authority and punishment. The overall color scheme is a mix of blue and purple tones.

EL EXPANSIONISMO DEL DERECHO PENAL



EL EXPANSIONISMO DEL DERECHO PENAL

Lic. Hugo Roberto Saavedra
(Docente UNIFOCADEP)

El Italiano Luigi Ferrajoli es acérrimo defensor del minimalismo del Derecho Penal, el cual debe ser de última ratio; en este sentido, el conflicto penal ha de resolverse por otras ramas del Derecho. Esta filosofía garantista no se limita solo a esa intervención mínima, postura que también se traduce a pensar que el Estado debe contar con un mínimo de figuras delictivas, construidas al amparo del principio de taxatividad, redactadas con claridad, y con cero de ambigüedad para brindar certeza jurídica al destinatario de la norma jurídica penal, cumpliendo con los requisitos de *lex praevia*, *lex scripta* y *lex escrita*.

Ellos nos obligan a reflexionar que el legislador en el momento de formular la previsión contenida en el tipo penal, deberá evitar las tipicidades abiertas que atentan contra aquel principio de taxatividad como máxima expresión de la legalidad sustantiva imperante en el Derecho Penal.

Esta tendencia garantista, de ultima ratio, la contrastamos en este artículo con un nuevo movimiento mundial que se ha venido forjando, derivado del combate frontal al crimen organizado transnacional que ha socavado las estructuras de ciertos Estados, pues han aparecido nuevas modalidades delictivas de última generación, como son la trata de personas, el narcotráfico, el tráfico de armas, el blanqueo de capitales, etc.

En este sentido, la comunidad internacional tomó en serio esa problemática, desencadenando en la firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional, conocida como Convención de Palermo, y sus protocolos, celebrada en Palermo, Italia del 12 al 15 de diciembre del año 2000.

En ese instrumento, se insta a los Estados partes a tipificar en sus legislaciones, determinados delitos considerados graves, fomentando el expansionismo del Derecho Penal para enfrentar aquella criminalidad transfronteriza.

Por ello, puedo afirmar que ya no estamos ante la presencia de un minimalismo Ferrajoliano, sino ante un maximalismo penal, llamado a resolver, mediante un sinnúmero de tipos penales, otras esferas que antes no se penalizaban, y generándose una inflación que se agrava al utilizar tipicidades abiertas, cuyos verbos rectores son eminentemente discrecionales, cuyas previsiones permiten al juzgador una interpretación subjetivista, verbigracia, es que en algunos tipos se utilizan recurrentemente fórmulas como “o con cualquier otro propósito similar” “o cualquier otro interés.” Es un renacer de los tipos penales abiertos en pleno siglo XXI.

Estos delitos no convencionales tienen sus propias características, pues el bien jurídico tutelado es de carácter difuso, al no lesionar un bien jurídico de una persona determinada, sino que es la sociedad la perjudicada; además, son llamados delitos de doble piso.

Un primer nivel está constituido por la denominada conspiración, que es un eje en estos delitos, que presupone la existencia de un grupo organizado que planifica, delibera y organiza el iter criminis y una vez superado este nivel, se asciende al segundo, que consiste en la comisión del delito propiamente dicho, como lo es el lavado de dinero, trata de personas, y tráfico de órganos, por mencionar algunos.

Esta inflación penal de delitos de doble piso, trae aparejada la prohibición de otorgar la libertad de los incoados, a través de medidas simplificadoras o de medidas sustitutivas, con lo cual se privilegia la prisión como regla general y la libertad como excepción. El juzgador ya no hace uso de su raciocinio para fundamentar la prisión preventiva, pues el legislador incluyó la prohibición expresa de otorgar la libertad, invadiendo la esfera del razonamiento judicial.

La lectura de este escenario, del combate al crimen organizado transnacional, implica una contrarreforma del Derecho Penal en nuestros países latinoamericanos, por ende, se han permeado ciertos postulados del Derecho Penal clásico, como lo son el indubio pro reo, el principio favor libertatis, el principio de taxatividad, de proporcionalidad de las penas, por mencionar algunos, que han sido producto de conquista por parte de la humanidad ante la arbitrariedad del Estado, catalogados como principios limitadores al *lus Puniendi* por el maestro Francisco Muñoz Conde.

Por ello, puedo afirmar que la tendencia de hoy es que el Derecho Penal es el llamado a resolver cualquier conflicto criminalizado, so pretexto del combate a la criminalidad transnacional, por lo que ya no es factible

brindarle la característica de ultima ratio, pues el legislador a través del Derecho Penal no convencional (delitos de última generación) pretende dar soluciones normativas a problemas criminológicos complejos, que requieren la intervención de equipos multidisciplinarios para el análisis multicausal de factores endógenos y exógenos que intervienen en las conductas delictivas de los miembros de la criminalidad organizada; el error es inflar el Derecho Penal desde el deber ser con total desfase del estudio estructural del ser.

Esto nos conduce al dilema de la efectividad versus el garantismo en Derecho Penal, por parte del Estado, que se inclina por la efectividad de sus aparatos de seguridad e inteligencia, al utilizar como estandarte la seguridad ciudadana para arremeter contra la criminalidad transfronteriza en aras de proteger a la sociedad de este flagelo, sin respeto a las garantías constitucionales consagradas en la Carta Magna en favor de los supuestos miembros del crimen organizado.

El agravante es que ese expansionismo del Derecho Penal se asoció a la temeraria doctrina del Derecho Penal del enemigo, conceptos acuñados por el Alemán Günther Jackobs, que retoma la vieja tesis del delincuente peligroso, al que se debe inocular por ser un enemigo de la sociedad, por lo que no le asiste ninguna garantía del debido proceso; prácticamente, no tiene la calidad de ciudadano, lo que explica que los delitos de doble piso contemplen penas drásticas y desproporcionadas.

Es frecuente escuchar términos como “lucha,” “enfrentamiento,” “defensa de la sociedad,” “combate a la delincuencia,” utilizados por ciertos sectores de la sociedad para reclamar seguridad y aplicación enérgica de la ley penal a estos enemigos de la sociedad, lo cual se agrava por los efectos mediáticos de algunos medios de comunicación que contaminan con esta tendencia del enemigo, no sólo al ámbito societario, sino la psiquis de nuestros jueces y fiscales que se apropian de tan nefasto pensamiento.

Por ello, la teoría del etiquetamiento ya no se limita al derecho penal de autor, sino que se ha extendido a estigmatizar al procesado como parte del crimen transnacional, sin ningún fundamento criminalístico; sin embargo, el Estado se ufana con pregonar la detención de “un peligroso miembro de un determinado cártel,” que a todas luces, es una gran falacia.

En todo este panorama, encontramos al Abogado Defensor/a que no se inhibe frente a esa tendencia expansionista y por el contrario, se convierte en el guardián del irrestricto cumplimiento de todas y cada una de las

garantías constitucionales y las contenidas en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, del sistema universal o regional, en favor del sindicado/a, no claudicando ante ese oleaje de antigarantismo que ha inundado a nuestro Derecho Penal en forma irracional, por lo que mantendremos vivo el espíritu ius humanista de un Derecho Penal de última ratio, sin diferencias de amigo o enemigo, esa es nuestra sagrada misión.

MUJER VÍCTIMA



mujer víctima

Licda. Amalia Mazariegos Vásquez
(Coordinadora Nacional de Asistencia Legal
a la Víctima y a sus Familiares IDPP)

ANTECEDENTES

Desde épocas inmemoriales, la mujer ha sido valorada como un ser distinto, poseedora de condiciones diferentes ante el hombre, considerada, inclusive, como un objeto, y de ello existe evidencia escrita en abundancia, contenida en normas legales, o que son legado de grandes pensadores, juristas, y hombres religiosos, La historia nos permite conocer el pasado para comprender el presente y prepararnos para el futuro, como lo podemos apreciar a continuación:

“La mujer debe adorar al hombre como a un dios. Cada mañana debe arrodillarse nueve veces consecutivas a los pies del marido y, con los brazos cruzados, preguntarle: Señor, ¿que deseáis que haga?”
Zaratustra (filósofo persa, Siglo VII A.C.)

Todas las mujeres que sedujeran y llevaran al matrimonio a los súbditos de Su Majestad mediante el uso de perfumes, pinturas, dientes postizos, pelucas y relleno en caderas y pechos, incurrirían en delito de brujería y el casamiento quedaría automáticamente anulado.”.

Constitución Nacional Inglesa (Ley del Siglo XVIII)

“Aunque la conducta del marido sea censurable, aunque éste se dé a otros amores, la mujer virtuosa debe reverenciarlo como a un dios. Durante la infancia, una mujer debe depender de su padre; al casarse, de su marido; si éste muere, de sus hijos, y si no los tuviera, de su Soberano. Una mujer nunca debe gobernarse a sí misma.”
Leyes de Manu (Libro Sagrado de la India)

“Cuando un hombre fuera reprendido en público por una mujer, tendrá derecho a golpearla con el puño o el pie y romperle la nariz para que

así, desfigurada, no se deje ver, avergonzada de su faz. Y le estará bien merecido, por dirigirse al hombre con maldad y lenguaje osado."

Le Ménagier de Paris (Tratado de conducta moral y costumbres de Francia, Siglo XIV) Los niños, los idiotas, los lunáticos y las mujeres no pueden y no tienen capacidad para efectuar negocios."

Enrique VII (rey de Inglaterra, jefe de la Iglesia Anglicana, Siglo XVI)

"Cuando una mujer tuviera una conducta desordenada y dejara de cumplir sus obligaciones del hogar, el marido puede someterla y esclavizarla. Esta servitud puede, incluso, ejercerse en la casa de un acreedor del marido y, durante el período que durase, le es lícito (al marido) contraer un nuevo matrimonio".

Código de Hamurabi (Constitución de Babilonia, otorgada por el rey Hamurabi, que la concibió bajo "inspiración divina", Siglo XVII A.C.)

"Los hombres son superiores a las mujeres porque Alá les otorgó la primacía sobre ellas, dio a los varones el doble de lo que dio a las mujeres. Los maridos que sufrieran desobediencia de sus mujeres pueden castigarlas, abandonarlas en sus lechos e incluso golpearlas. No se legó al hombre mayor calamidad que la mujer.

El Corán (libro Sagrado de los musulmanes, dictado por Alá a Mahoma en el Siglo VI)

"La naturaleza solo hace mujeres cuando no puede hacer hombres. La mujer es, por tanto, un hombre inferior."

Aristóteles (filósofo griego. Siglo IV A.C.)

A la vista de estos textos, es evidente lo difícil que ha sido para las mujeres conseguir la igualdad con el hombre; desgraciadamente, en algunas culturas, las mujeres continúan en la misma situación que describen estos textos centenarios.

La lucha del hombre por tener el poder sobre los demás hombres, llevó a muchos países a mantenerse en guerras constantes durante siglos. Los cambios ideológicos en los que se fundamentan la idea del Estado moderno, la democracia y los derechos humanos, concluyen con el acontecimiento histórico que conocemos como Revolución Francesa, que pretendía poner freno a toda esta clase de abusos y conductas sobre el hombre para obtener la preponderancia los valores supremos, como la libertad, la igualdad y la fraternidad, que fueron los postulados filosóficos de esta Revolución, que

tuvo como una de sus consecuencias de mayor alcance, la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.

Sin embargo, la igualdad que se postulaba era la igualdad entre hombres, pues la mujer estaba excluida; por ello recordamos la valentía de Olimpia de Gouges quien se atrevió a reclamar los derechos de la mujer y con ese fin, hace una Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, acto que le costó la vida, pues fue condenada a morir en la guillotina.

Es recordar importante que los derechos humanos tienen como fin, lograr el respeto de la dignidad humana, por lo cual son universales, inmutables y supra temporales, lo que quiere decir que no hacen diferencias entre hombres y mujeres; no pueden cambiar, pues lo que a través del mundo vemos que cambia es la cultura, y en su nombre, pueden cometerse violaciones graves a los derechos humanos, unas de mayor gravedad que otras. El Estado se organiza y como fin supremo busca el bien común y uno de los principios rectores que lo guían es la igualdad; los derechos fundamentales están divididos en humanos, sociales, civiles y políticos; no obstante, en las legislaciones, pueden apreciarse los pensamientos de dominio que siempre han existido sobre las mujeres.

Todo este pensamiento filosófico fue heredado hasta nuestros días, pues mucha de la legislación actual está impregnada de una carga discriminatoria contra la mujer, como podemos apreciar en los siguientes ejemplos, que si bien algunos de ellos ya no son normas jurídicas vigentes, su abolición es muy reciente, entre ellos están;

Inobservancia de plazos. Art. 229 del Código Penal, que establecía que la viuda que contrajere matrimonio antes de transcurrido el plazo señalado en el Código Civil para que pueda contraer nuevas nupcias, será sancionada con multa de cien a quinientos quetzales.

Adulterio. Artículo 232 “comete adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido (...).”

Artículo 169 del Código Civil: “(...) la mujer gozará de pensión mientras observe buena conducta (...).”

Artículo 5º, Ley de Tribunales de Familia: “Los magistrados y jueces de familia deben ser mayores de 35 años, abogados colegiados y, de preferencia, jefes de hogar”.

Artículo 81. “aptitud para contraer matrimonio: la mayoría de edad determina la libre aptitud para contraer matrimonio. Sin embargo puede contraerlo: el varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14 años (...).”

Artículo 80. Esponsales: los esponsales no producen obligación de contraer matrimonio, pero dan lugar a demandar la restitución de las cosas donadas y entregadas con promesa de un matrimonio que no se efectuó.

Artículo 89. “Ilícitud del matrimonio. No podrá ser autorizado el matrimonio del varón de 16 años o de la mujer de 14 años cumplidos, salvo que antes de esa edad hubiere concebido la mujer y presten su consentimiento las personas que ejerzan la patria potestad (...). 3. de la mujer, antes de que transcurran 300 días contados desde la disolución del anterior matrimonio, o de la unión de hecho (...).”

Este ordenamiento legal androcéntrico repercute porque desde hace una década se detectó la escasez de delitos cometidos en contra de las mujeres en las estadísticas oficiales, lo cual llevó a concluir que en la explicación de la cifra oscura del delito, la variable del género era también decisiva.

MUJER VÍCTIMA

La Victimología es una ciencia que estudia científicamente a la víctima y su papel en el hecho delictivo.

El estudio de las víctimas es multidisciplinario y no se refiere sólo a las víctimas de un solo género o delito, sino también a las que lo son por consecuencia de accidentes (tráfico), desastres naturales, crímenes de guerra y abuso de poder. Los profesionales relacionados con la victimología pueden ser científicos, operadores jurídicos, sociales o políticos.

En el Derecho Penal y en la Criminología, es donde se queda la reflexión víctima-dogmática; el tema de los derechos de las víctimas dentro del proceso penal, suele distinguirse entre lo que la doctrina denomina victimización primaria y victimización secundaria.

Por victimización primaria se entiende la derivada de haber padecido un delito, que cuando va acompañado de violencia o experiencia personal con el autor, suele ir acompañado de efectos que se mantienen durante mucho tiempo y pueden ser físicos, psíquicos, económicos, o de rechazo social. La víctima de un delito no solo ha de enfrentarse contra los perjuicios

derivados de la lesión, o puesta en peligro del bien jurídico protegido que conlleva el delito, sino que en muchos casos, se produce otra serie de efectos que inciden en la gravedad material del daño o perjuicio recibido.

Frente a ella, distinguen los autores lo que denominan victimización secundaria, que sería aquella que se deriva de las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal. Consecuentemente, la victimización secundaria se considera aún más negativa que la primaria, porque es el propio sistema el que victimiza a quién se dirige a él pidiendo justicia, y porque afecta al prestigio del propio sistema, especialmente cuando el reclamo de justicia lo hace una mujer, la que en muchas ocasiones primero es juzgada y culpada por el hecho delictivo cometido en su contra (esa falda tan corta, esa vestimenta tan provocativa, son provocaciones para cometer hechos delictivos).

Muchos han sido los esfuerzos, no sólo a nivel individual de varios países, sino también en forma colectiva en la búsqueda de soluciones a esta problemática que genera graves repercusiones para el Estado internamente por el reclamo social que se desprende de las malas prácticas en la atención a la víctima.

Por ello, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó el 28 de junio de 1985, una serie de recomendaciones encaminadas a mejorar la situación de la víctima en el derecho y en el proceso penal, y requiere de los Estados miembros, entre otras, de las siguientes medidas:

- "- Cuando la víctima de un delito se dirige a la policía debe ser tratada de tal forma que no sufra ningún daño psíquico adicional.
- Se le deben indicar las posibilidades de recibir en instituciones públicas o privadas ayudas materiales, médicas y psicológicas;
- Se le debe informar sobre sus derechos de reparación contra el delincuente y, en su caso, contra el Estado.
- A lo largo del procedimiento, la víctima debe ser interrogada de forma cuidadosa y considerada, sin que en modo alguno se pueda lesionar su honorabilidad.
- Los niños solo podrán ser interrogados en presencia de sus padres, tutores o guardadores".

La victimología no pretende mejorar el derecho penal tradicional, sino cambiarlo por algo mejor, quizá hacia un derecho de asistencia a la víctima del delito.

En el ámbito de la víctima femenina, cabe destacar, frente a otras formas de victimización, la relación existente entre el agresor y la víctima (fenómeno de simbiosis). En esta relación, tiene un importante papel las concepciones y los roles sociales sexistas, donde la conciencia de la superioridad del hombre y los comportamientos agresivos son dos caras de la misma moneda. En los últimos años, ha ido en aumento la sensibilización de la sociedad en la protección de los colectivos que han sufrido con mucha violencia inserta en el cuerpo social, siendo uno de sus más tristes escenarios el del grupo familiar.

Tampoco las encuestas de victimización han conseguido solucionar este problema, entre otros factores, porque hasta hace poco no preguntaban por este tipo de delitos, y si se preguntaba estando el marido delante, era de lo más previsible que la mujer no contestase.

Incluso, debe destacarse que los estudios de victimización señalan características psicológicas de la mujer (la pasividad, la tendencia a la auto-destrucción, el conformismo) como causa, en vez de la posición subordinada de la mujer en la relación, lo que la convierte en víctima.

Descubiertas las mujeres víctimas, el trato que recibían de parte de policías y fiscales era ofensivo; por eso, en los tribunales se reconoció ese maltrato, como factor que explicaba la escasez de denuncias de mujeres, lo que motivó que se hablase de victimización secundaria.

ENTRE LOS MOTIVOS POR LOS CUALES LA MUJER VÍCTIMA NO ACUDE AL SISTEMA DE JUSTICIA, SE HAN LOGRADO ESTABLECER LOS SIGUIENTES:

- a) La policía no tomaba en serio las denuncias de las mujeres. Se les disuadía de presentarla, y si la tomaban no le daban curso.
- b) Son citadas a examen del médico forense después de bastante tiempo de haber presentado la denuncia, quien realiza

un informe rutinario con base en el parte médico, que ya consta en el expediente, sin ver a la paciente;

- c) Los jueces y los fiscales no tomaban en serio las denuncias, y señalaban que las mujeres no se presentaban, y si lo hacían, era para perdonar, solicitando incluso un certificado como prueba, de que habían desistido de la denuncia inicial.

ESTEREOTIPOS Y CONVENCIONES SOCIALES, REFERIDOS TANTO AL HOMBRE COMO LA MUJER, QUE JUSTIFICAN:

- Una demostración de la autoridad por parte del marido («quién lleva los pantalones») y la posibilidad adicional de hacer uso del maltrato como instrumento educativo con los niños («mujeres y niños primero»).

- Un sentimiento de propiedad («oiga, que es mi mujer») y que por ello puede ser objeto de agresión (es un apéndice, «la costilla»). La responsabilidad femenina en apaciguar al marido y llevar la casa («el sitio de la mujer»), que conlleva la presunción de la mujer como provocadora y causante de la ira (castigo).

- El mito de la mujer pasiva que lo acepta y le gusta («señal que te quiere») y del hombre de naturaleza impetuosa.

- La manifestación considerada respetuosa (“ella es mi señora”, como símbolo de propiedad, con la manifestación a la inversa, que implica “él es mi señor”) que es lo que se espera que manifieste una esposa.

ESTEREOTIPOS CONFIRMADOS POR MÚLTIPLES ESTUDIOS FEMINISTAS.¹

- a) Las mujeres son las que provocan.
- b) Las mujeres dicen no, cuando quieren decir sí.
- c) Si se relajan (las mujeres), les gusta.
- d) Las mujeres decentes (que están en su casa o con su marido) no son violadas.
- e) No es un delito grave, es broma.
- f) Es necesario protegerse de falsas denuncias: mujeres desechadas, mentirosas, vengativas.

LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

El manual de estrategia de litigio con enfoque de género, relaciona que “La violencia es producto de las relaciones asimétricas de poder entre las personas, así como las desigualdades sociales, y esto explica por qué hay personas o grupos que son más susceptibles de vivir en situaciones de violencia. No es casual que las mujeres, las niñas y los niños, los discapacitados, los ancianos, las ancianas, los indígenas, las personas con opciones sexuales diferentes, sean más vulnerables a la violencia por su propia condición. Debido a la posición de subordinación que ocupan en la sociedad y que se reproduce a través de la ideología y de las instituciones, estas instituciones se vuelven más vulnerables a los abusos de poder y por lo tanto, están más expuestas a la violencia.”

La importancia de esa definición radica en que establece que las causas de la violencia contra las mujeres proviene de un orden social basado en las diferencias de poder y en la jerarquía existente entre hombres y mujeres, que es un problema relacionado con la justicia y con la equidad social.²

¹(CIT. POR DAVIS-FAITH, 1987, 187-188) EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

² Manual de Estrategias de Litigio con Enfoque de Género, USAID, página 33.

LA TEORIA DEL CICLO DE VIOLENCIA

Las mujeres agredidas no están siendo constantemente agredidas ni su agresión es infligida totalmente al azar. Uno de los descubrimientos más sorprendentes en las entrevistas, fue el ciclo definido de agresión que estas mujeres experimentan. La comprensión de este ciclo es muy importante si queremos aprender cómo detener o prevenir los incidentes de agresión.

Este ciclo también ayuda a explicar cómo llegan a ser víctimas las mujeres agredidas, cómo caen dentro del comportamiento de invalidez aprendida, y por qué no intentan escapar.

El ciclo de la agresión parece estar compuesto de tres fases distintas, las cuales varían en tiempo e intensidad, para la misma pareja y entre las diferentes parejas. Estas fases son:

- 1) La fase de aumento de tensión;
- 2) La explosión o el incidente agudo de agresión; y
- 3) El respiro lleno de calma y de cariño.

Hasta el momento, no he sido capaz de estimar por cuánto tiempo permanecerá una pareja en cualquiera de las fases, ni tampoco se puede predecir cuánto tiempo le tomará a una pareja para completar un ciclo; hay evidencia de que eventos circunstanciales pueden influir sobre su duración.

1. Etapa de aumento de tensión

La relación pone de manifiesto la agresividad latente frente a la mujer, que en algunos casos, se manifiesta en forma específica como determinadas conductas de agresión verbal o física de carácter leve y aislado. Muchas mujeres temen las reacciones que se provocan durante este ciclo; en su mayoría, la violencia que se genera es de tipo psicológico, y puede ser tan grave que quien la padece suele desear que concluya rápido.

2. Etapa de Incidente agudo de agresión

Se caracteriza por una descarga incontrolada de las tensiones que se han ido construyendo durante la primera fase. La falta de control y su mayor capacidad lesiva distingue a este episodio de los pequeños incidentes

agresivos ocurridos durante la primera fase. Normalmente, se manifiesta por medio de agresiones físicas de distintas intensidades. Esta fase del ciclo es más breve que la primera y la tercera fase.

3. La reconciliación o luna de miel

Se caracteriza por una situación de extrema amabilidad, amor y conductas cariñosas de parte del agresor. Gráficamente, se le denomina como fase de “luna de miel”. Es una fase bien recibida por ambas partes y donde se produce la victimización completa de la mujer, ya que actúa como refuerzo positivo para el mantenimiento de la relación. El agresor muestra su arrepentimiento y realiza promesas de no volver a llevar a cabo algo similar.

Efecto de la violencia intrafamiliar en las mujeres

La violencia tiene un efecto intensamente destructivo en las mujeres: “Existen costos denominados intangibles que, en su mayoría, no son contabilizados debido a la dificultad que entraña su medición. Entre ellos se encuentran el costo de las vidas destrozadas, del dolor crónico, del sufrimiento, del miedo, de la depresión, de los intentos de suicidio, de la pérdida de oportunidades para lograr las propias metas y de la pérdida del amor propio”.

I. La indefensión aprendida

Es la obediencia pasiva al entorno cuando todos los esfuerzos por transformarlo no logran causar ningún efecto ni la situación se modifica. Los resultados son resignación, desgaste, depresión y culpa, entre otros, que se reflejan en cansancio físico y emocional. La indefensión aprendida es resultado de la reiteración a la víctima de su incapacidad de sobrevivencia lejos del agresor y de que lo que ocurre es por su culpa y su responsabilidad. La mujer trata de complacer y no molestar a su agresor y evade toda confrontación para no ser lastimada. Al desencadenarse los episodios de violencia, las mujeres confirman la impotencia y falta de recursos para resolver la situación y se mantiene el temor.

II. Síndrome de Estocolmo

Se caracteriza por la relación afectiva de las personas en contexto de violencia con el agresor. Los indicadores del Síndrome de Estocolmo en el comportamiento son:

- Agradecer intensamente las pequeñas amabilidades del abusador.
- Negar o racionalizar la violencia recibida.
- Negar la propia rabia hacia el agresor.
- Estar en constante estado de alerta para satisfacer al agresor.
- Dificultad para abandonarlo aún cuando se tenga alguna posibilidad.
- Tener miedo de que el agresor regrese aún cuando esté muerto o preso.
- Presentar síntomas de estrés postraumático.

III. Síndrome de la mujer maltratada

Se caracteriza por los sentimientos de abatimiento, miedo, vergüenza, culpa y desaliento, todo ello en detrimento de los aspectos emocionales, cognitivos, motivacionales y conductuales de la vida de las mujeres en situación de violencia. Estos sentimientos se manifiestan en perspectivas aterradoras e inmovilizantes sobre el futuro y en repercusiones en el bienestar físico. Este síndrome se establece generalmente ante las siguientes condiciones:

- Haber pasado al menos dos veces por el ciclo de violencia.
- Presentar el síndrome de indefensión aprendida.
- Sujeción consciente o inconsciente a las creencias tradicionales respecto del rol de género.
- Aislamiento social.

Muchos son los esfuerzos que se encuentran realizando los Estados para evitar el grave flagelo que sufren las mujeres. Guatemala ha implementado dentro de su marco normativo interno, leyes en favor de las mujeres, pero el avance más importante a la fecha es haber incluido como conductas delictivas los hechos de violencia que se generan en contra de las mujeres cuando median las relaciones desiguales de poder, tanto en el ámbito privado como en el ámbito público.

La manifestación de violencia extrema en contra de las mujeres ha colocado al país en las estadísticas a nivel mundial, como uno de los más violentos, ya que los femicidios han ido en aumento y el Estado es responsable por los compromisos internacionales asumidos como consecuencia de la suscripción de tratados y convenios Internacionales y su ratificación, por lo cual tiene la obligación de asumir las políticas públicas que tiendan a evitar este fenómeno.

FEMICIDIO

El término femicidio, lo acuñan Jill Radford y Diana Russell en “Femicide: the Politics of Women Killing” (1992); nace como un concepto eminentemente político para visibilizar y denunciar la violencia contra las mujeres; el factor de riesgo, ser mujer (Canadá).

En los años 90, el concepto y el término es asumido por otras organizaciones en América Latina, y en el 2001, la Red Feminista Latinoamericana y del Caribe reunida en Cancún, decide iniciar una campaña contra el femicidio con el lema “Por la Vida de las Mujeres Ni Una Muerte” que sigue vigente.

Se realizan investigaciones adoptando este concepto y las organizaciones de mujeres comienzan a recopilar información y a denunciar el femicidio; en Guatemala) y en Costa Rica se propone como delito el femicidio, que se convierte en un concepto político construido y posicionado colectivamente por un gran número de organizaciones de mujeres de América Latina, y utilizado para denunciar la violencia contra las mujeres y la impunidad con la que se perpetúa.

Marcela Lagarde propone un concepto de feminicidio “En castellano FEMICIDIO es una voz homóloga a homicidio; de hecho es homóloga pero tiene una característica de género; cuando hablamos de femicidio estamos hablando de homicidios de mujeres.”

En la ley se define Femicidio como la muerte violenta de una mujer, ocasionada en el contexto de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, en ejercicio del poder de género en contra de las mujeres.

El femicidio es la forma más extrema de la violencia en contra de la mujer; se trata de un homicidio calificado en el cual concurren circunstancias particulares que se cometen en contra de las víctimas por el hecho de pertenecer al sexo femenino; el cual puede ser íntimo, no íntimo y por conexión.

Se considera íntimo cuando se comete por el hombre con el cual la víctima ha guardado, o él ha pretendido establecer o restablecer algún nivel de intimidad o relación de parentesco. No íntimo, cuando es cometido por un hombre extraño a la víctima, pero se evidencia abuso sexual. Y por conexión, cuando la víctima se pone en la línea de fuego para evitar el asesinato de otra mujer.

El FEMICIDIO implica ese colapso parcial del Estado de Derecho bajo el cual suceden los crímenes sin castigo o en su mayoría sin castigo; el responsable es el Estado por no asumir las políticas públicas que tiendan a evitar este flagelo.

La Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, ha previsto una serie de estrategias dirigidas a dar cumplimiento a la ley, pero especialmente, ha involucrado a todos los sectores que tienen participación en el tema, estableciendo responsabilidades concretas para garantizar su aplicación.

ROL DE LAS INSTITUCIONES SEGÚN LA LEY CONTRA EL FEMICIDIO Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

- **MINISTERIO PÚBLICO:**
creación de la Fiscalía de Delitos contra la vida e integridad física de la mujer, especializada en la investigación de los delitos creados por la nueva ley
- **ORGANISMO JUDICIAL:**
creación de la justicia especializada en delitos contra la vida e integridad física de la mujer.
- **INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL:**
debe brindar asistencia legal gratuita a través de una Defensora o Defensor Público
- **CONAPREVI:**
impulso a la creación de los CAIMU, que son los Centros de Atención Integral a Mujeres.

BIBLIOGRAFÍA

1. Camacho Granado, Rosalía.
Caminando hacia la igualdad;
San José Costa Rica, ILANUD; 1997
2. Corsi, Jorge (compendio);
Violencia Intrafamiliar, una mirada
interdisciplinaria sobre un grave
problema social;
Buenos aires, Pidós; 1999
3. Facio, Alda;
Sobre el Origen del concepto de
género; Genero e igualdad Jurídica
entre los sexos;
San José; 997
4. Graham, D., Rauling, E. Ramini, N;
Sobrevivientes del terror, mujeres
maltratadas, rehenes y síndrome de
Estocolmo en Yllo K. Bogard, M;
Feminist Perspectives on wife abuse;
Newberry Park, Beverly Hills y Londres
Sage;1998.
5. Instituto de la Defensa Pública Penal
Manual de Estrategias de Litigio con
Enfoque de Género
USAID/GUATEMALA 2006
6. Jill Radford y Diana Russell
“Femicide: the Politics of Women
Killing”
(1992),
7. Walker, Leonore,
The Battered Women
Nueva York; harper y Row; 1979.

TRILOGÍA DE PROTECCIÓN FRENTE A LA TORTURA



TRILOGÍA DE PROTECCIÓN FRENTE A LA TORTURA

Lic. José Alfredo Aguilar Orellana
(Docente UNIFOCADEP)

PARTE I

Sumario:

- a) Consideraciones Generales.
- b) La Tortura y el Crimen de Lesa Humanidad.
- c) La Tortura y el Crimen de Guerra.

CONSIDERACIONES GENERALES:

Desde cualquier análisis que realicemos, los actos de tortura implican una barbarie y un atraso a la exigencia del desarrollo civilizado, por ello la humanidad se ha preocupado en la emisión de instrumentos jurídicos universales, regionales y nacionales de protección contra su aplicación, encontrando algunos dentro del Derecho Internacional Humanitario como en el Derecho Internacional de los derechos Humanos.

Desde el ámbito jurídico, advertimos que frente a la Tortura existe una trilogía de protección, al ser perseguido y sancionado como Crimen de Lesa Humanidad, como Crimen de Guerra, o como Delito regulado en las legislaciones internas de los Estados, por obligación emanada de instrumentos internacionales como la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (ONU) y La Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura (OEA), entre otras. Cada componente de esta trilogía tiene un régimen especial de protección y defensa. Por ello cualquier acto que encuadre en Tortura, al ser calificados como Crimen en el Derecho Internacional, pueden ser atribuidos a título de Tortura per se –por si misma-, Crimen de Lesa Humanidad o Crimen de Guerra.

El Derecho Internacional Humanitario “Es un cuerpo de normas internacionales, de origen convencional y consuetudinario, específicamente determinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o

no internacionales, y que limita el derecho de las Partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la Guerra (Derecho de la Haya), o que protege a las personas y a los bienes afectados (Derecho de Ginebra)”¹.

El derecho Internacional de los Derechos Humanos, puede ser definido como el conjunto de normas internacionales de índole convencional y consuetudinaria, cuyo objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados que hayan suscrito dichos acuerdos².

Pese a interpretaciones separatistas (el DIH y el DIDH son independientes) e integracionistas (el DIDH es parte del DIH) respecto del DIDH al DIH, la mejor proposición es el criterio o posición complementarista, que enuncia que ambos derechos interactúan y tienen finalidades en común.

Una de las complementariedades que se pueden encontrar es que la Tortura, esta prohibida conforme el Derecho Internacional Humanitario ya sea en un conflicto armado internacional o no internacional, también esta prohibida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en tiempos de conflicto o de paz.³ El fin esencial es la protección de las personas humanas.

La importancia de ambos derechos es tal, que ha servido de fundamento para informes rendidos por Comisiones de Esclarecimiento Histórico como la instalada en Guatemala. Esta Comisión asentó en el párrafo 8 que: “Vale la pena subrayar que el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos gozan de una misma comunidad de principios. El principio de la inviolabilidad de la persona, que comprende el derecho a la vida, a la integridad física y mental, y a los atributos de la personalidad, es un principio común de ambos cuerpos

¹ Ch. Swinarski; "Introducción al Derecho Internacional Humanitario", CICR - IIDH, op. cit. págs. 10; "Introducción", op. cit. pág. 18.

² Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH). Párrafo 32 website Programa de Ciencia y Derechos Humanos de la Asociación Americana del Avance de la Ciencia. en <http://shr.aaas.org/guatemala/ceh/mds/spanish/cap2/vol2/macrc.html..>

³Es de puntualizar que ambos Derechos protegen a la Persona Humana. El DIH y especialmente el Derecho de Ginebra esta dirigido a los Estados Parte, o de las partes en conflicto, y es a ellas a quienes va dirigido las prohibiciones de determinados comportamientos, que puedan afectar a los beneficiarios, que son las personas humanas. El DIDH, no solo impone prohibiciones a los Estados y protege a la persona humana, sino que le da a ésta, la posibilidad de accionar ante los Mecanismos de Protección, por ejemplo: a través de la denuncia internacional.

normativos, que todas las partes de un enfrentamiento armado, se encuentran en la obligación de respetar, como han destacado reiteradamente la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”.⁴

El derecho internacional humanitario prohíbe la tortura y la considera una infracción grave. Por ello, adicionalmente a su posible calificación como un crimen de lesa humanidad, la tortura puede ser también calificada como un crimen de guerra.

En tales casos la acción es imprescriptible.⁵ También, como características esenciales sobre la prohibición y protección frente a la Tortura, mencionamos su carácter de regla *ius cogens*, es decir una regla de derecho internacional que debe ser observada por todos los Estados; asimismo el carácter de inderogabilidad, puesto que no se pueden suspender las normas que prohíben la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanas o Degradantes según los Art. 5 de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y 2.1 de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes.

Reviste particular importancia el hecho de que en el régimen jurídico del Derecho Internacional estos crímenes poseen una autonomía, lo que significa que aun cuando el derecho interno del Estado no tipifique o no imponga pena alguna por un acto que constituye un crimen internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.

⁴ Supra nota 2. Párrafo 8

⁵ Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968. Entro en vigor: 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VIII. En el Artículo I dispone: Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;

b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos. En el Artículo II dispone: Si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo I, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración.

El denominado Derecho de Ginebra⁶ y Derecho de la Haya⁷, que conforman el cuerpo convencional y consuetudinario del Derecho Internacional Humanitario, sería utilizado entre otros por los Tribunales Penales Internacionales, inicialmente por el Tribunal de Núremberg. El Derecho de Ginebra y el Derecho de la Haya son aplicables a los conflictos armados y han desarrollado vínculos tan estrechos que se considera que, en forma gradual, han formado un único sistema complejo, hoy llamado Derecho internacional humanitario. Las disposiciones de los Protocolos adicionales de 1977⁸ expresan y dan prueba de la unidad y la complejidad de ese derecho. Efectivamente en el protocolo adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra en el título III se reúnen ambos derechos en un solo cuerpo legal internacional.

El conflicto al que se alude puede ser internacional y no internacional, el primero de los conflictos está definido en el artículo 2 común de los Convenios de Ginebra de 1949, veamos por ejemplo el II Convenio: “Artículo 2. Aplicación del Convenio. Aparte de las disposiciones que deben

⁶ El primer convenio de Ginebra fue suscrito el 22 de agosto de 1864, se considera este instrumento multilateral del DIH, como el nacimiento de este Derecho, sin embargo en épocas antiguas, mediante reglas consuetudinarias se considera existían reglas de carácter humanitario. El Convenio de 1864 se amplió en 1906 y se amplió nuevamente en 1929. La codificación completa respecto a las normas de protección a víctimas de los conflictos bélicos se encuentra en los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y se refieren respectivamente a: los Heridos y Enfermos en Campaña (Primer Convenio), de los Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar (Segundo Convenio), de los Prisioneros de Guerra (Tercer Convenio) y de las Personas Civiles (Cuarto Convenio). Estos Convenios fueron aprobados en una Conferencia Diplomática internacional celebrada en Ginebra entre abril y agosto de 1949. Fueron ratificados por Guatemala en el año 1952. Luego se promulgaron los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra el 8 de Junio de 1977. El DIH constituye un límite a la soberanía de los Estados, en lo que se refiere a la conducción de las Hostilidades y sobre los individuos que están involucrados, su bien protegido es la “Humanidad”, no en el aspecto sentimental de las vicisitudes de un ser humano frente al destino de otro, si no el aspecto relacionado a la existencia del ser humano en un conflicto armado. Entre sus fuentes encontramos:

Principales: 1. Tratados Internacionales bi y multilaterales celebrados por Estados; 2. Costumbre, tiene un carácter consuetudinario; 3. Principios Generales del Derecho.

Subsidiarias: 1. Jurisprudencia Internacional, aquí se encuentra la jurisprudencia internacional de los órganos de jurisdicción internacional y la nacional de los tribunales internos al interpretar normas internacionales. 2. la Doctrina. Especialmente la Doctrina del Comité Internacional de la Cruz Roja. 3. Instrumentos aprobados en el marco de las Conferencias del Movimientos de la Cruz Roja y Media Luna Roja.

⁷ Con la Declaración de San Petersburgo en 1868, se podría indicar que se inicia el Derecho de la Haya, y en el preámbulo indica: “(...) las necesidades de la guerra deben detenerse antes las exigencias de la humanidad”. Sin embargo, donde se empieza a codificar algunas reglas es en las Conferencias Internacionales de la Paz de 1889 y 1907 y la Convención de la Haya del 14 de mayo de 1954.

⁸ El Estado de Guatemala aprobó la ratificación de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra por Decreto 21-87 del 23 de abril de 1987, hizo el depósito de la ratificación el 19 de octubre de 1987 y la publicación en el Diario Oficial, el 6 de septiembre de 1988.

entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra. El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar. Si una de las Potencias en conflicto no es parte en el presente Convenio, las Potencias que son Partes en el mismo estarán, sin embargo, obligadas por él en sus relaciones recíprocas. Estarán, además, obligadas por el Convenio con respecto a dicha Potencia, si ésta acepta y aplica sus disposiciones”. En el primer Protocolo Adicional de 1977 se adiciona a la definición de guerra interestatal una serie de conflictos, que, sin extenderse en el territorio de más de un Estado, tienen por su naturaleza carácter de conflicto internacional, y se encuentran aquí, las llamadas guerras de liberación nacional en las que los pueblos luchan contra una dominación colonial o la ocupación extranjera, y contra los regímenes racistas, para alcanzar la independencia política.

Respecto al segundo tipo de conflicto, en el artículo 1 del Protocolo II adicional de 1977, encontramos la regulación de los conflictos armados no internacionales, en los siguientes términos:

“ámbito de aplicación material.

1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

2. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.”

De la regulación legal anterior, podemos inferir entonces que los conflictos no internacionales se dan al interior de los Estados, y que se encarnizan entre las fuerzas armadas del Estado y grupos disidentes o de grupos rebeldes entre si, sea porque el gobierno tenga legitimidad o carezca de ella.

La Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala en el informe del Capítulo II Volumen II del punto 18, asienta atinadamente: “Las normas del derecho internacional humanitario son vinculantes no solamente con respecto de conflictos armados internacionales. Sus reglas básicas también son aplicables a los actores de un conflicto armado no internacional (Estado y grupos insurgentes), su quebrantamiento puede ser constitutivo de crímenes de guerra. En consecuencia, tratándose de la actividad de grupos armados irregulares, su responsabilidad jurídica proviene de la infracción de las normas del derecho de los conflictos armados, sin perjuicio de la existencia de principios comunes al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos”.⁹

Guatemala no escapó del fenómeno del conflicto armado interno y por ello esa lucha intestina, de acuerdo con mi criterio, puede ser encuadrada como un conflicto no internacional. Dentro de este conflicto la CEH recopiló datos estadísticos y testimonios, ello permite establecer que dentro de ese periodo se practicó la Tortura y que no hubo respuesta del sistema judicial, para perseguir y sancionar actos de Tortura como lo demanda los instrumentos internacionales pertinentes.¹⁰

⁹ Supra nota 2. Párrafo 18.

¹⁰ Ídem párrafos 89, 705-706, 211-213. “(...) El 38% de las violaciones registradas por la CEH fueron ejecuciones arbitrarias; seguidas, en orden de frecuencia, por las torturas (19%), las desapariciones forzadas (10%), y las violaciones sexuales (2%), (...) las diferentes autoridades de los centros de detención, como los alcaldes, se abstenerían de denunciar la comisión de torturas o incluso las posibilitaban. Los jueces y fiscales que conocían de la detención o proceso penal contra personas que habían sufrido torturas, no abrían la investigación de oficio, faltando a su deber de investigar, juzgar y sancionar la tortura. Inclusive en algunos casos las autoridades judiciales realizaron actos expresos de encubrimiento de las torturas infligidas a las víctimas. La abdicación de las funciones de fiscalización y de investigación frente al poder militar por parte de las autoridades judiciales y fiscales se ilustran de modo evidente en el caso que sigue. Agentes del Ministerio Público y los tribunales protegieron a los militares autores de torturas y detención arbitraria, colaboraron con ellos y encubrieron sus actos violatorios de derechos humanos.(...) Maritza Urrutia, miembro del EGP, fue detenida ilegalmente por miembros de la Inteligencia del Ejército y luego torturada en las instalaciones de la Policía Militar Ambulante, hasta que aceptó hacer videos de propaganda anti-guerrillera y solicitar su amnistía. Cuando el Fiscal General de la Nación y la Juez del Quinto Juzgado de Instrucción intervinieron para la aplicación de la amnistía, a pesar de que los hechos eran de dominio público, en ningún momento investigaron por la legalidad de la detención ni por las torturas. El Fiscal General encubrió los hechos violatorios de derechos

Respecto a los conflictos no internacionales, los disturbios interiores y las tensiones internas, deben de aplicárseles principios del DIH, por analogía. Es importante destacar que existe una posición que considera que la definición de estos conflictos ni la aplicación por analogía de los principios del DIH a dichos conflictos, se encuentra en normas expresas de instrumentos internacionales, sin embargo, si el fin del Derecho Internacional Humanitario es, entre otros, la protección a la Persona humana, entonces puede admitirse la analogía en bonan partem, para la aplicación del DIH a este tipo de conflictos.

Guatemala es influenciada de alguna manera por el Derecho Internacional Humanitario, al regular en el Decreto 21-2009 del Congreso de la Republica de Guatemala, “Ley de competencia penal en procesos de mayor riesgo” y considerar delitos de mayor riesgo, los siguientes: a) Delitos contra personas y Bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario;...d) Tortura.

El código penal guatemalteco, también se refiere a dicho derecho, al regular en el Título “Delitos contra los Deberes de la humanidad”, artículo 378: “Quien violare o infringiere deberes humanitarios, leyes o convenios respecto de prisioneros o rehenes de guerra, heridos durante acciones bélicas, o que cometiere cualquier acto inhumano contra población civil, o contra hospitales o lugares destinados a heridos, será sancionado con prisión de veinte a treinta años”. Algunos de los convenios a los que alude este artículo son precisamente los Convenios de Ginebra, entre otros. También este artículo determina que personas y lugares pueden considerarse como protegidos que son aquellas que también protege el DIH.

Dentro del Derecho Comparado, merece mencionar la regulación del Código Penal Español, en el Capítulo III relativo a los Delitos Contra

humanos al afirmar que no existían indicios de secuestro, en clara contradicción con el expediente que él mismo remitiera al Organismo Judicial para la aplicación de la amnistía, e inclusive facilitó las instalaciones del Ministerio Público para difundir la versión oficial del Gobierno”. Pero los grupos insurgentes también hicieron lo suyo, por ejemplo: “La tortura, como una violación en sí misma, es una infracción al derecho humanitario que no fue utilizada de modo sistemático por las organizaciones insurgentes. El causar sufrimiento físico o mental a las víctimas no fue una de las técnicas tradicionales usada por los guerrilleros. Sin embargo, la CEH tuvo conocimiento de hechos que respondían a estas características, realizados en una época y región concretas por una unidad guerrillera en particular. El Frente Comandante Ernesto Guevara del EGP perpetró torturas durante 1981 y 1982. Algunas fueron realizadas antes de ejecutar a las víctimas y tuvieron la característica de ser particularmente crueles y otras fueron realizadas solo con el propósito de ocasionar sufrimiento a las víctimas. (...) El 13 o 14 de abril de 1981 en la aldea Tziquiná del municipio de Santa Eulalia, Huehuetenango, miembros de la guerrilla capturaron al jefe de los comisionados militares de Santa Eulalia, Simón García. La víctima fue colgada de una viga de su casa aproximadamente por una hora. “Luego lo bajaron, probablemente cuando pensaron que ya había muerto aunque sólo fue inconsciente...”.

las Personas y Bienes Protegidos en caso de Conflicto Armado, destacando especial atención el artículo 608 al regular que debe entenderse por personas protegidas las siguientes:

1. Los heridos, enfermos o náufragos y el personal sanitario o religioso, protegidos por el I y II Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.
2. Los prisioneros de guerra protegidos por el III Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de Junio de 1977.
3. La población civil y las personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.
4. Las personas fuera de combate y el personal de la Potencia Protectora y de sus sustitutos protegidos por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.
5. Los parlamentarios y las personas que los acompañen, protegidos por el Convenio II de La Haya de 29 de julio de 1899.
6. El personal de Naciones Unidas y personal asociado, protegidos por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado, de 9 de diciembre de 1994.
7. Cualquier otra que tenga aquella condición en virtud del Protocolo II Adicional de 8 de junio de 1977 o de cualesquiera otros Tratados internacionales en los que España fuere parte.

Podríamos indicar entonces, que tanto la norma del Código Penal guatemalteco y la norma del Código Penal español, se orientan a la protección de la persona y bienes, que también son protegidos por el DIH, en especial por los Convenios de Ginebra y los Convenios de la Haya. Dentro del DIH; son personas protegidas aquellas a las que se aplica un tratado humanitario en particular, es decir las personas a las que se aplican las normas de protección estipuladas en ese tratado y que por ello, gozan de ciertos derechos cuando están en poder del enemigo. También son personas protegidas aquellas que, en tiempo de guerra, se benefician de las normas convencionales o de las que resultan del derecho internacional consuetudinario, tales como

los heridos, los enfermos, los náufragos, los prisioneros de guerra, los civiles y otras personas que no participan en las hostilidades o hayan dejado de hacerlo, como el personal sanitario y religioso, las personas que colaboran en las operaciones de socorro, el personal de organizaciones de protección civil y los mediadores. Algunos bienes también son materia de protección, como los "bienes culturales", los demás bienes civiles, instalaciones médicas militares y ambulancias.

Para el propósito temático del fenómeno de la Tortura, ubiquémonos ahora en algunos instrumentos de carácter internacional, donde podemos encontrar la prohibición y por ende la protección frente a la Tortura, provenientes tanto del DIH como del DIDH. Aquí se encuentran el Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg de 1945, -este instrumento, fue vital para el inicio de la persecución de la Tortura como Crimen de Guerra y Crimen de Lesa Humanidad, y que serviría como brecha para el surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en lo que respecta a la Tortura-; La Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 5), -esta Convención conformaría en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el inicio expreso de la Prohibición y Protección contra la Tortura-; los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a los conflictos armados (Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra; Protocolo II, artículo 4), -estos convenios coadyuvaran al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin perjuicio de ser un instrumento del Derecho Internacional Humanitario, siempre en el ámbito de la Tortura-. En Europa se promulga el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, -que también constituye una norma convencional contra la Tortura en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos-. Tanto el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, constituyen los principales instrumentos regionales del DIDH.

En los años sesenta, surge el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966; artículo 7) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José" (1968; artículo 5), momento en el cual se regula expresamente sobre la conceptualización de la tortura y a partir de esa regulación surgirán instrumentos específicos para la prohibición de la tortura.

En efecto, para que fueran efectivas las normas pertinentes contenidas en los instrumentos universales y regionales para la protección de derechos

humanos, el 10 de diciembre de 1984, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas aprobó la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes que entro en vigor el 26 de junio de 1987, -esta fue precedida por la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes de la ONU en 1975-; y en fecha 9 de diciembre de 1985 la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos adopto la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura que entro en vigor el 28 de febrero de 1987.

Para el caso de Guatemala, respecto a su legislación que contienen normas de protección y Prohibición frente a actos de Tortura, encontramos que la Constitución Política de la República de Guatemala, hace referencia a la prohibición de los tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, etc., pero únicamente en el contexto de personas reclusas. Sin embargo no toma en cuenta que las conductas que implican Tortura, no solo se cometen a esos grupos vulnerables, sino a otros. La prohibición esta impuesta a empleados y funcionarios del Sistema Penitenciario, disponiendo el cumplimiento de normas mínimas como lo establece el artículo 19 del citado cuerpo legal. Sin perjuicio de ello, considero que implícitamente se recoge la prohibición y protección frente a la Tortura, en el Texto Constitucional guatemalteco, cuando en los artículos 1 y 2 dispone que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia y que es su deber (del Estado) garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

Este cuerpo legal recoge también en el titulo II capitulo I, Los Derechos Humanos dentro de los cuales enuncia los Derechos Individuales y regula que el estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona... Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad.

A ello, se habrá de agregar con particular relevancia el artículo 44 que regula los Derechos inherentes a la persona humana y que preceptúa "los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana"; y que no decir del artículo 46 que es la puerta de entrada a las Convenciones por ejemplo, las de Protección y Prohibición contra actos que impliquen Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanas o Degradantes. Este artículo 46 dispone la Preeminencia del Derecho Internacional en los siguientes términos: "Se establece el principio general

de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

Si bien, las normativas constitucionales, no indican expresamente una referencia a la protección y prohibición contra la Tortura o su catalogación como un Crimen de Guerra, Crimen de Lesa Humanidad o Figura delictiva, el legislador dejó implícitamente plasmados elementos como: “El Estado protege a la persona...; se organiza para tal protección y se impone el deber de garantizarle la vida desde su concepción, lo que implica protección a su dignidad, su desarrollo integral, su integridad y seguridad, entre otras, a ello se agrega el principio de no exclusión de derechos y garantías que aunque no figuren expresamente en la constitución son inherentes a la persona humana.

Estos elementos al ser interpretados, permiten inferir que la Constitución Política de la República de Guatemala, posee normas que tienden a la protección y prohibición frente a la Tortura. Estas normas deben de dar paso así, -sin perjuicio de la norma penal guatemalteca relativa al delito de Tortura- a normas más operativas para la persecución y sanción penal de los responsables de Tortura, para que las víctimas de este flagelo tengan “Acceso a la Justicia” especialmente dentro del sistema interno, siempre que exista voluntad política. Ese “Acceso a la Justicia”, debe permitir la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y la aceptación de la Justicia Universal.

Finalmente, a mi juicio, esta normativa constitucional, mas la obligación de los Estados enunciada en el artículo 4 de la Convención Interamericana para la Prevención y Sanción de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanas o Degradantes, constituye el fundamento para legislar en el Código Penal en el artículo 201 bis, el Delito de Tortura. Como se anotó en párrafos anteriores esta regulación interna constituye un elemento de la Trilogía de Protección frente a otros temas de Tortura.

A continuación haremos una breve enunciación de dos de los componentes de la Trilogía de Protección frente a la Tortura, como lo es la Tortura y el Crimen de Lesa Humanidad y la Tortura y el Crimen de Guerra.

La Tortura y el Crimen de Lesa Humanidad

La Tortura como crimen de Lesa Humanidad, podríamos definirla como aquellas conductas que afectan la esencia del ser humano, y que atentan contra su dignidad, su integridad personal, su seguridad personal, etc., la cual es practicada como parte de una política sistematizada o generalizada, sea en tiempos de paz o guerra.

Los sujetos que pueden cometer dicho ilícito, son funcionarios o empleados del Estado, pero también aquellas fuerzas que no son de los gobiernos legítimos, pero tienen control, de hecho, o la posibilidad de movilizarse libremente, dentro de un territorio concreto. Efectivamente, los sujetos catalogados como responsables del Crimen de Lesa Humanidad, no se circunscriben solamente a aquellos que pertenecen al aparato Estatal, sino también aquellas fuerzas que en un momento determinado pueden tener libertad de desplazarse y actuar en un territorio que también puede estar bajo su control; dichos grupos también tienen la obligación de garantizar el respeto y protección hacia la persona humana, instruyendo a sus correligionarios que impidan cualquier acto que atente contra los Derechos Humanos. En ese contexto, tomamos en cuenta lo resuelto por el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia¹¹, quien cita el argumento de Cherif Bassiouni: “su comisión (de Crímenes de Lesa Humanidad) exige el uso de las instituciones, de personal y de recursos del Estado para realizar, o para estorbar que se impida la comisión de los crímenes específicos descritos en el artículo 6.c de la Carta de Núremberg”. El Tribunal, continúa: “A este respecto el Derecho se ha desarrollado para tener en cuenta fuerzas que, aunque no sean las de los gobiernos legítimos, tienen control, de hecho, o la posibilidad de movilizarse libremente, dentro de un territorio concreto”.

Es de advertir que no existe específicamente una Convención contra Crímenes de Lesa Humanidad, y no siempre se encontraron expresamente regulados.

Su antecedente lo podemos ubicar en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, en el cual los crímenes de Lesa Humanidad estaban indefectiblemente asociados a los crímenes contra la paz o crímenes

¹¹ Bassiouni, Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, pg 248-249, citado en Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Sentencia del caso IT-94-1-T, del 7 de mayo de 1997, # 654.

de guerra, es decir, no se calificaban de forma autónoma, lo cual fue superado en La Ley del Consejo de Control numero 10 de los Aliados en la Alemania ocupada en la post guerra, en la cual ya se les menciona en forma autónoma; su autonomía es reconocida también en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, dispone en el Artículo 6 que "(...) cualesquiera de los actos que constan a continuación son crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal respecto de los cuales habrá responsabilidad personal:

- (a) Crímenes contra la Paz...
- (b) Crímenes de Guerra...
- (c) Crímenes contra la Humanidad...

Por su parte la Ley del Consejo de Control numero 10 de los Aliados en la Alemania ocupada en la post guerra, disponía en el artículo II que los Crímenes de Lesa humanidad, eran "atrocidades y delitos que comprenderán, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato...la tortura... las violaciones u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil..."

En el Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado en la Conferencia Diplomática de Roma el 16 de julio de 1998, en su artículo 5, se consigna:

"Crímenes de competencia de la Corte: La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- b) Los crímenes de lesa humanidad;(...

Ahora bien, pese a la definición dada en párrafos anteriores respecto al Crimen de Lesa Humanidad, las preguntas siguientes podrían persistir:

¿Qué es un crimen de lesa humanidad?

¿La Tortura puede catalogarse como un Crimen de Lesa Humanidad?

Debemos indicar que para definir el Crimen de Lesa Humanidad, podemos encontrar varias proveniente tanto del Derecho Convencional como del Derecho Consuetudinario. Es así que encontramos las proporcionadas en los Estatutos del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, y la de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Ex Yugoslavia,¹² para Rwanda¹³ y del Tribunal Especial para Sierra Leona¹⁴ y la del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

¹² El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), también conocido por sus siglas en inglés ICTY, es un cuerpo de la Organización de las Naciones Unidas establecido en cumplimiento de la Resolución 827 de su Consejo de Seguridad, el 25 de mayo de 1993. Su nombre oficial es Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las Violaciones graves del derecho humanitario internacional cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991. El Consejo de Seguridad consideró que desde 1991 se venían produciendo en territorio de la antigua Yugoslavia graves violaciones de los derechos humanos, así como una amenaza real y seria para la paz y seguridad de la zona balcánica en particular y europea en general. Al Tribunal se le otorgó jurisdicción internacional para perseguir y procesar a las personas naturales (no organizaciones públicas o privadas) culpables por los siguientes: 1) Graves violaciones de las Convenciones de Ginebra de 1949. 2) Violaciones de las Convenciones Internacionales sobre la guerra y la costumbre internacional acuñada desde el fin de la Segunda Guerra Mundial. 3) Crímenes contra la humanidad. 4) Genocidio. A ellos se ha unido, siguiendo el criterio del propio Tribunal, los delitos sexuales, la tortura como instrumento ilegal de la guerra y la no exculpación por orden superior de la comisión de varios delitos. El Tribunal tiene por objeto completar todos los juicios antes de finales de y todas las apelaciones antes de 2010. Hasta 2004, el Tribunal había recibido 3.500 testimonios y tiene procesadas a fecha de marzo de 2005 a 124 personas, entre ellas Slobodan Milosevic, ex presidente de Yugoslavia, quien fue entregado en pero falleció en las dependencias del Tribunal pendiente de juicio el de . El 8 de diciembre de el general Ante Gotovina fue detenido por fuerzas policiales españolas en las , cumpliendo un requerimiento de la Corte en su contra. Naser Oric, antiguo comandante de las fuerzas musulmanas de , fue condenado a dos años de prisión por crímenes de guerra contra los de esa zona oriental bosnia entre 1992 y 1993. No obstante, Oric fue puesto en libertad, ya que llevaba más de dos años en prisión preventiva. El último imputado procesado por el tribunal ha sido el antiguo líder de los serbios de Bosnia, Radovan Karadžić, prófugo desde y detenido en el de . Su juicio comenzó el de , y se enfrenta a 11 cargos que incluyen los delitos de genocidio, y crímenes de guerra. En octubre de , sólo quedaban en libertad dos acusados por el tribunal, Ratko Mladić y Goran Hadžić, ambos acusados de los cargos más graves del TPIY. En www.es.wikipedia.org/.../Tribunal_Penal_Internacional_para_la_ex_Yugoslavia. Vista 4/nov/2009.

¹³ El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) fue creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el 8 de noviembre de 1994, con el fin de perseguir, arrestar, juzgar y condenar a los autores o promotores del genocidio ruandés. El 6 de abril de 1994, los presidentes de Ruanda y Burundi, Juvénal Habyarimana y Cyprien Ntaryamira respectivamente, murieron al precipitarse a tierra el avión en que viajaban, producto de un atentado terrorista, cuando este se encaminaba a aterrizar en la capital Kigali. Este hecho provocó el inicio de una masacre incommensurable que afectó a las comunidades hutu y tutsi que habitaban desde tiempos inmemoriales en la zona de los Grandes Lagos africanos. Durante cerca del período de un mes, facciones de hutus atacaron a tutsis y hutus moderados. Ante estos graves hechos, las Naciones Unidas, fuertemente criticadas, al igual que Estados Unidos, Francia y Bélgica por su inacción en los peores momentos de la masacre, tomó la iniciativa de intervenir a gran escala en la zona con el fin de detener la masacre. Los antecedentes revelados por la prensa de la época conmovieron e impactaron a la opinión pública del mundo, ante el hecho de producirse

Para dar respuesta a las interrogantes planteadas el art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional lo enuncia así: "Crímenes de lesa humanidad: A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

f) Tortura;...

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente graves sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física".

Este Instrumento va mas allá al definir lo que se entiende por "tortura" y anota "causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas"

Establecemos que mediante la Tortura se lesiona o atenta contra la persona humana, pero también se ve afectada la humanidad, convirtiéndose en una víctima de un crimen de lesa humanidad; por ello, es factible la persecución penal de la Tortura conforme a la Jurisdicción Universal o bien ante el Tribunal Penal Internacional que tiene competencia tanto para juzgar crímenes contra la humanidad, como crímenes de guerra. Esta función de juzgamiento estuvo a cargo de Tribunales Ad-hoc, a mediados del siglo

un genocidio después de 50 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El Tribunal conoce sobre: a) genocidio; b) crímenes contra la humanidad; y c) violaciones al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. En cuanto al tiempo, son los delitos cometidos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994. Y en cuanto a los intervinientes, pueden ser tanto ruandeses como extranjeros que se encontraban en Ruanda al momento de cometerse los crímenes. En www.es.wikipedia.org/.../TribunalPenal_Internacionalpara_Ruanda. Vista 4/nov/2009.

¹⁴ Tribunal Especial para Sierra Leona.. Creado por la ONU y el gobierno sierraleonés (Africa) para investigar y procesar a los principales responsables de los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otros delitos tipificados por la legislación nacional cometidos en Sierra Leona desde el 30 de noviembre de 1996. El Tribunal tiene su sede en Freetown, Sierra Leona. Uno de los casos –el proceso contra Charles Taylor– se ha trasladado a La Haya. Desde su establecimiento, el Tribunal ha iniciado procesos contra 13 personas. Amnistía Internacional hace campaña para que el Tribunal Especial, las autoridades de Sierra Leona y otros países que ejerzan la jurisdicción universal investiguen y enjuicien todos los delitos cometidos en el país de conformidad con las más estrictas normas de justicia, para que se difunda la verdad y para que las víctimas reciban una reparación plena y efectiva.

pasado, apareciendo posteriormente un Tribunal permanente; por ello "...los tribunales ad hoc, en el Estatuto de Roma se encargan de juzgar a los sujetos responsables de la comisión de delitos internacionales; y con el surgimiento de la Corte de Roma la responsabilidad directa de juzgar a los violadores de los Derechos Humanos es para los Estados, pero en caso de impunidad, encubrimiento, protección o negligencia en el cumplimiento de esa obligación, la asume la Corte Penal Internacional"¹⁵

En ese orden de ideas, debemos indicar que para perseguir un Crimen de Lesa Humanidad, lo podemos hacer por dos vías:

a) Mediante la Jurisdicción Universal. La legitimidad de esta Jurisdicción, no está del todo clara y es cuestionada por algunos, pues consideran que lesiona la soberanía de los Estados, o bien puede violentar garantías de los sujetos juzgados, ya sea por factores políticos, o por el predominio de unas naciones fuertes sobre otras débiles.

b) Mediante el Tribunal Penal Internacional. En este último la competencia queda restringida a casos donde los Estados signatarios, consientan la ausencia de juzgamiento de los responsables. Es de advertir que la competencia de este Tribunal no es retroactiva.

De dichos procedimientos de persecución nos ocuparemos en la segunda parte de este documento.

Sin perjuicio de las regulaciones en dichos Instrumentos Internacionales, ya algunas legislaciones superan el hecho de tener que recurrir a ellos para definir lo que es un Crimen de Lesa Humanidad, como el caso del Código Penal Español que regula expresamente esos delitos, en el artículo 607 bis en los siguientes términos:

Capítulo II bis. De los delitos de lesa humanidad.

1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

¹⁵ Recinos Portillo, Otto Anibal. Modulo Sistema de Protección de Derechos Humanos. Págs. 60,61. 1era edición, Instituto de la Defensa Pública Penal. Guatemala marzo 2009.

1. Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.
2. En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

Indicábamos en párrafos anteriores que dentro del Derecho Internacional no existe una Convención específica contra los Crímenes de Lesa Humanidad, solamente los encontramos referidos en contados instrumentos o bien en legislaciones internas de los Estados. Sería muy valioso contar con una Convención de carácter Universal que regule específicamente lo relativo a Delitos de Lesa Humanidad.

La Tortura y el Crimen de Guerra

Podemos entender esos crímenes como Violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, o por utilizar la terminología tradicional, las infracciones graves contra las leyes y costumbres de la guerra, sea cual fuere el tipo de conflicto. Aquí están comprendidos los ataques cometidos contra toda persona que no participe o que haya dejado de participar en las hostilidades, por ejemplo los combatientes, heridos, enfermos, prisioneros de guerra, personas civiles.

Por ello, si el acto de tortura se practica en el contexto de un conflicto armado, ya sea o no de carácter internacional, se convierte en un crimen de guerra y podemos advertir su fundamento más cercano dentro de las regulaciones contempladas en el Estatuto de Roma.

Al igual que en el Crimen de Lesa Humanidad, las preguntas recurrentes serían:

¿Qué es un Crimen de Guerra?

¿La Tortura puede catalogarse como un Crimen de Guerra?

Para darle respuesta a dichas interrogantes recurrimos a El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el cual regula en el artículo 8 numeral 2:

“A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra”:

- a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente, encontrando las siguientes:
 - i) Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;
 - ii) Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud;
- b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:
 - xix) Cometer atrocidades contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes;
 - xxi) Cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes;
- c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa:
 - i) Actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;
 - ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes;

Pese a que el Estatuto de Roma es uno de los Instrumentos mas cercanos a nuestros tiempos, que también permite perseguir y Sancionar la Tortura y de alguna manera los Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes, debemos considerar que este Estatuto, tiene su fundamento en anteriores cuerpos normativos como los Convenios de La Haya de 1899 y de 1907, en el Estatuto del Tribunal de Núremberg del 6 de octubre de 1945, y los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

El Estatuto del Tribunal de Núremberg¹⁶ -fue diseñado para juzgar a funcionarios Nazis- y en su artículo 6 dispone los conceptos relativos al Crimen de Guerra, definiéndolo como una violación grave de las leyes y costumbres de la guerra, cometidos durante un conflicto armado; y enumera como tales violaciones graves:

- 1) el asesinato,
- 2) malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio,
- 3) el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra.

En cuanto a la persecución y Sanción de la Tortura, acaecidas en diferentes territorios y por diferentes personas, no debemos olvidar que aparte del Tribunal de Núremberg, también fueron instituidos Tribunales Ad-Hoc, con competencia para juzgar los Actos de Tortura, -entre otras materias-.

Es importante resaltar al lector que estos Tribunales con alguna razón, han sido cuestionados por su falta de imparcialidad, o "(...) encubren la política de las grandes potencias, caracterizada por la selectividad, y que

¹⁶ Los Juicios de Núremberg, al final de la Segunda Guerra Mundial, en los que se determinaron y sancionaron las responsabilidades de dirigentes, funcionarios y colaboradores del régimen nacionalsocialista de Adolf Hitler en los diferentes crímenes y abusos cometidos. Procesos de Núremberg fueron un conjunto de procesos jurisdiccionales emprendidos por iniciativa de las naciones aliadas vencedoras nombre del III Reich alemán a partir del 1 de septiembre de 1939. Desarrollados en la ciudad alemana de Núremberg entre 1945 y 1946, el proceso que obtuvo mayor repercusión en la opinión pública mundial fue el conocido como Juicio principal de Núremberg o Juicio de Núremberg, dirigido a partir del 20 de noviembre de 1945 por el Tribunal Militar Internacional (TMI) (cuyo sustento era la Carta de Londres), en contra de 24 de los principales dirigentes supervivientes del gobierno nazi capturados, y de varias de sus principales organizaciones. Otros doce procesos posteriores fueron conducidos por el Tribunal Militar de los Estados Unidos, entre ellos los llamados Juicio de los doctores y Juicio de los jueces. En http://es.wikipedia.org/wiki/Juicios_de_Nuremberg. Vista 4/nov./2009

serven de coartada para remitir a las calendas griegas la instauración de una jurisdicción penal internacional permanente¹⁷.

Aparte del Tribunal de Núremberg, también fueron instituidos el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente conocido como el Tribunal de Tokio¹⁸, y surgiendo posteriormente los tribunales penales

¹⁷ Mohamed Bennouna, "La creación de una jurisdicción penal internacional y la soberanía," Anuario francés de Derecho Internacional, 1990, pp. 299-306. Ad kalendas graecas es una locución latina de uso actual que significa literalmente "hasta las calendas griegas". Se indica con ella que una cosa no se va a realizar nunca, ya que en Grecia no existían las calendas (división del mes romano).

¹⁸ Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente fue el órgano jurisdiccional ante el que se desarrollaron los Juicios o Procesos de Tokio, organizados contra los criminales de guerra japoneses una vez terminada la Segunda Guerra Mundial. Una vez terminada la guerra en Asia, el 15 de agosto de 1945, el ejército de los Estados Unidos ocupó la totalidad de Japón y gran parte de las antiguas colonias asiáticas de este país. Desde ese momento se inició la persecución y detención de los altos miembros del Estado y Ejército nipón. En paralelo con el Juicio de Nuremberg, se constituyó un Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente, con el fin de juzgar a los imputados de los crímenes recogidos en el Estatuto o Carta de Londres del 8 de agosto de 1945. Se determinaron, al igual que en Núremberg, cuatro grandes crímenes o delitos:

Ø Crímenes contra la paz y crímenes de guerra, que se basaban en la existencia de una premeditación para alterar la paz y la existencia de asesinatos, torturas, violaciones contrarios a las Leyes de la Guerra.

Ø Crímenes contra la humanidad cuando se trataba del exterminio y muerte en masa.

Ø Genocidio cuando se trataba de la misma muerte en masa pero de grupos étnicos determinados.

Ø Complot de guerra entendido como proceso para atacar contra la seguridad interior de un Estado soberano.

Se ha criticado a este tribunal por varias razones. Las más importantes son:
Ø Norteamericanismo: El Tribunal y su fiscalía fueron dirigidas casi exclusivamente por nacionales de los Estados Unidos, y fueron los que tuvieron mayor peso a la hora de dictar las condenas y su posterior indulto.

Ø Unilateralismo: Sólo fueron juzgados los crímenes cometidos por los países del Eje, no así en situaciones como el bombardeo atómico en Hiroshima y Nagasaki y el bombardeo aéreo sobre Tokio, descritos como crímenes contra la humanidad o el ataque soviético que pudo configurar un atentado contra la paz.

Ø Casos de Corea y China: El Tribunal no investigó o lo hizo deficientemente cuando tuvo delante las graves atrocidades cometidas por el Ejército Nipón cuando invadieron y ocuparon militarmente China y Corea. Pese a esto, en el caso de China, se llevaron a cabo procesos ante 13 tribunales propios que dieron como resultado 504 condenados y 149 ejecuciones.

Ø Hirohito: El emperador nunca fue juzgado en razón del ejercicio de la jefatura del Estado, y al contrario, se le otorgó inmunidad.

Ø Guerra química y bacteriológica (Shiro Ishii y escuadrón 731): Nunca se investigó o sancionó los graves y dramáticos testimonios de pruebas biológicas en prisioneros y ciudadanos comunes en China durante la ocupación. Se informó de aplicación de guerra química, prohibida incluso antes de empezar la Segunda Guerra Sino-japonesa en 1937.

... John Dower, [...] Hirohito no solo fue presentado como inocente de cualquier acto formal que pudiera hacerle susceptible de ser juzgado por crímenes de guerra. Fue convertido en una figura casi angelical que ni tan solo tenía alguna responsabilidad moral por la guerra. [...] Con el apoyo completo del cuartel general de MacArthur, la acusación funcionó, de hecho, como un abogado defensor del Emperador. Vista en <http://es.wikipedia.org/wiki/TribunalPenalMilitarInternacional>. 4 de noviembre de 2009.

internacionales para la Ex Yugoslavia¹⁹ y para Ruanda.²⁰ Luego, también fueron instituidos otros Tribunales como el Tribunal Especial para Sierra Leona.²¹

Los dos primeros Tribunales instituidos fueron acuerdos entre multinaciones, impuestos por los vencedores a los vencidos, es más el de Tokio fue proclamado por el comandante en jefe norteamericano de las fuerzas armadas en el lejano oriente, General Mac Arthur con el apoyo de los países victoriosos y China. Los dos siguientes Tribunales fueron instituidos por el Consejo de Seguridad de la ONU, con anuencia de la comunidad internacional. Derivado de la urgencia que presentaba tratar de resolver los conflictos, estos últimos tribunales no fueron creados por un tratado internacional (por lo tardado que se volvía), sino fue producto de resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas a propuesta del Consejo de seguridad.

Ahora bien, en cuanto a los cuerpos normativos de los Convenios de la Haya y los Convenios de Ginebra, encontramos que se acostumbra a designar a los Convenios de Ginebra como Derecho de Ginebra y los Convenios de la Haya, como el derecho de La Haya, -los que pese a la promulgación de otros instrumentos- estos segundos también son considerados pilares principales del derecho de la conducción de las hostilidades. Si bien el objetivo fundamental del derecho de La Haya, al igual que el derecho de Ginebra, es la protección de las víctimas, los métodos para prestar esa protección son diferentes. El convenio de La Haya trato de regular "las leyes y costumbres" del conflicto bélico, mientras que los de Ginebra establecieron normativas que coadyuvarían al derecho humanitario. El derecho de La Haya se propuso proteger a los combatientes y a los no combatientes, restringiendo los métodos y los medios de combate. Los Convenios de Ginebra procuraban, principalmente, proteger a la persona cuando se ha convertido en víctima, es decir, herido, naufrago, prisionero de guerra o persona civil en poder del adversario.

Según el Convenio de la Haya de 1899, dispone en el artículo 4 que "los prisioneros de guerra están en poder del Gobierno enemigo, pero no en el de los individuos o en el de los Cuerpos que los hayan capturado. Deben ser tratados con humanidad." Del último párrafo transcrito, se infiere que el trato humanitario comprende el respeto a la dignidad del prisionero, de su vida y de su integridad, por ello, ahí encontramos un imperativo tácito

¹⁹ Supra nota 12

²⁰ Supra nota 13

²¹ Supra nota 14

de la prohibición de la Tortura y los Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes.

Por su parte, en los Convenios de Ginebra, en el artículo 3 común a los cuatro Convenios del 12 de agosto de 1949, encontramos la normativa sobre la prohibición de la Tortura, aplicables a los Conflictos no internacionales, en los términos siguientes:

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
 - b) la toma de rehenes;
 - c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
 - d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.
- 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Por ello en los Convenios de Ginebra encontramos disposiciones relativas a la protección y por ende de la prohibición contra la Tortura, en los siguientes: Convenio I, artículos 3, 12 y 50; Convenio II, artículos 3, 12 y 51; Convenio III, artículos 3, 13 y 130; Convenio IV, artículos 3, 32 y 147.

Tanto los Convenios de la Haya como los de Ginebra nos permiten arribar a la conclusión que existe expresa o tácitamente prohibición de la Tortura y los Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes por lo que debe procederse a su persecución y sanción cuando encuadre como un crimen de Guerra; por ello, tan pronto como surja un conflicto armado, deben salvaguardarse los principios de humanidad, quedando en consecuencia prohibido en cualquier tiempo y en cualquier lugar el homicidio, la tortura, los castigos corporales, las mutilaciones, los atentados contra la dignidad personas, la toma de rehenes, los castigos colectivos, las ejecuciones sin juicio previo.

La inferencia también nos permite concluir que han existido Tribunales Ad-hoc, temporales y permanentes, los primeros permitieron enjuiciar a los responsables y los segundos buscan enjuiciar a los presuntos responsables de los Crímenes de Guerra, como la Tortura.

Finalmente, enunciados ya de manera breve algunos instrumentos internacionales que regula la prohibición y protección frente a los Actos de Tortura y otros que obligan a la persecución y sanción de la Tortura y los Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y definen a órganos competentes, desde la perspectiva de un “Crimen de Guerra”, debemos establecer cual sería la vía adecuada para perseguir tal crimen.

Al igual que en los Crímenes de Lesa Humanidad, para perseguir un Crimen de Guerra lo podemos hacer por dos vías:

1. Mediante la Jurisdicción Universal. Esta atribuye a los Estados la capacidad de aplicar directamente el Derecho Internacional de la Guerra en el Derecho Interno, para determinar hechos que pudieran encuadrarse como Crimen de Guerra. Algunos, consideran al aplicar la Jurisdicción Universal, puede violentar garantías de los sujetos juzgados, bien por factores políticos, bien por el predominio de unas naciones fuertes sobre otras débiles.
2. Mediante el Tribunal Penal Internacional, la competencia queda restringida a casos donde los Estados signatarios, consientan la ausencia de juzgamiento de los responsables.

Es de advertir que la competencia de este Tribunal no es retroactiva. Su competencia abarca aquellos casos de conflicto armado que no sea de índole internacional, entre otros.

De estos procedimientos de persecución también nos ocuparemos en la parte segunda de este documento.

Síntesis

La Trilogía de Protección frente a actos de Tortura, la encontramos en las regulaciones de dicho fenómeno como Crimen de Lesa Humanidad, como Crimen de Guerra, y como Delito regulado en las legislaciones Internas de los Estados, derivada de la obligación impuesta por el artículo 4 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes.

Respecto al Tema de la Tortura, tanto el DIH como el DIDH, se complementan al disponer la prohibición de dichas conductas cometidas ya sea en un conflicto armado internacional o no internacional (DIH), o bien en tiempos de conflicto o de paz (DIDH). Los fines de ambos, es la protección de las personas humanas.

La regulación de la prohibición y la protección frente a la Tortura ha sido materia desde el ámbito de Instrumentos Internacionales del Derecho Internacional Humanitario como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, destacándose dentro de ellos, los Convenios de la Haya, los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, El Estatuto del Tribunal de Núremberg de 1945, La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención Americana sobre Derechos humanos "Pacto de San José" en 1968. Relevancia especial merece la normativa contenida tanto en la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1984 y la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura de la OEA, -comúnmente llamada Convención Interamericana- aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en fecha 9 de diciembre de 1985.

En la normativa guatemalteca encontramos tanto en la Constitución Política de la República como en el Código Penal, regulaciones de prohibición y protección contra los actos de Tortura.

En la evolución del sistema de prohibición y protección frente a actos de Tortura, sea del Derecho Internacional Humanitario como del Derecho

Internacional de los Derechos Humanos, se han instituido Tribunales Ad-hoc como los de Nuremberg, Tokio, Exyugoslavia, Rwanda y otros; también se ha instituido un Tribunal Permanente como lo regula el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Mediante la competencia atribuida al Tribunal Penal Internacional o mediante la Jurisdicción Universal resulta procedente perseguir la Tortura como Crimen de lesa Humanidad o como Crimen de Guerra.

“...los tribunales ad-hoc, en el Estatuto de Roma se encargan de juzgar a los sujetos responsables de la comisión de delitos internacionales; y con el surgimiento de la Corte de Roma la responsabilidad directa de juzgar a los violadores de los Derechos Humanos es para los Estados, pero en caso de impunidad, encubrimiento, protección o negligencia en el cumplimiento de esa obligación, la asume la Corte Penal Internacional”²².

No debemos confundir al Tribunal o Corte Penal Internacional con la Corte Internacional de Justicia, ya que esta última es un tribunal civil cuya competencia es el arreglo de controversias entre estados, y formulación de opiniones consultivas solicitadas por órganos y organismos especializados de las Naciones Unidas. No tiene órganos subsidiarios.

La Corte internacional de justicia no tiene jurisdicción penal y por lo tanto no puede enjuiciar a los criminales de guerra, esta tarea corresponde a las jurisdicciones nacionales, o bien a tribunales penales especiales establecidos por las Naciones Unidas, como los ya relacionados Tribunales Internacionales para la Exyugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda o la Corte Penal Internacional y otros.

Debemos tomar en cuenta que la Corte Internacional de Justicia no es una Corte Suprema a la que pueden recurrir las jurisdicciones nacionales, pues no ofrece a los particulares un recurso final y no es una corte de apelación de ningún tribunal internacional.

En el caso de Guatemala la CEH en su informe, indica: “En Guatemala, durante el enfrentamiento armado interno, la tortura fue aplicada sistemáticamente por agentes del Estado en el contexto de otras graves violaciones de derechos humanos, en particular junto con las desapariciones forzadas y las ejecuciones arbitrarias. La tortura en la generalidad de los casos, se iniciaba, con una detención violenta y culminaba con la ejecución de las víctimas.

²² Supra nota 11. Págs. 60,61.

La CEH registró un total de 11598 víctimas de tortura. De ese total, el 54% de las víctimas sobrevivieron. El 46% de las víctimas de tortura, fueron además víctimas de ejecución arbitraria. Es posible además presumir que, debido a la frecuencia de la práctica de la tortura en Guatemala, ésta se hizo presente en muchos casos de desaparición forzada, que de ser esclarecidos, incrementarían el número de personas torturadas. Las cifras recogidas por la CEH no reflejan la totalidad de las torturas cometidas durante el enfrentamiento armado. Sin embargo los casos recibidos permiten ilustrar las características de esta violación.²³

²³ Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH) párrafo 539 y 551 website Programa de Ciencia y Derechos Humanos de la Asociación Americana del Avance de la Ciencia, en <http://shr.aaas.org/guatemala/ceh/mds/spanish/cap2/vol2/macr.html> vista el 23-11-09.



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