

REVISTA DEL

INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL



EMBAJADA
DE ESPAÑA
EN GUATEMALA



aecid
OFICINA TÉCNICA
DE COOPERACIÓN

ROSNEMAD

7

Revista del Defensor No. 7
1ra. Edición, Guatemala NOVIEMBRE de 2012

M.A. Blanca Aída Stalling Dávila
Directora General IDPP

M.A. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes
Coordinador de UNIFOCADEP

CONSEJO EDITORIAL

M.A. Otto Anibal Recinos Portillo
M.A. Raúl René Robles de León
Lic. Hans Aaron Noriega Salazar
Lic. Hugo Roberto Saavedra

Tratamiento de Contenido

M.A. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes
Coordinador de UNIFOCADEP

Diseño y Diagramación

Luis Fernando Hurtarte
Diseñador Gráfico

Revisión de Estilo

M.A. Belber de Franco
Andragoga





I D P P

Instituto de la Defensa Pública Penal





Índice

	Página
1. INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL Y SU ARTICULACIÓN CON EL SISTEMA JURÍDICO PROPIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS M.A. Héctor Oswaldo Choc Xol	9
2. LA EUTANASIA DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL EN GUATEMALA Licda. Ingrid Romero Escribá	25
3. REFLEXIONES ACERCA DE LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD PARA EL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE FLORA Y FAUNA M.A. Astrid Kenelma García y Vidaurre	41
4. EL DERECHO CONSUECUDINARIO FUENTE DEL SISTEMA JURÍDICO INDÍGENA Y LA COSTUMBRE FUENTE DE CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN O EXCULPACIÓN (Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer) Lic. Vicente Chivalán Chaicoj	57
5. LOS DERECHOS HUMANOS EMERGENTES M.A. Otto Haroldo Ramírez Defensor Interamericano	77
6. LA PONDERACIÓN DE LA PENA M.A. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes	89
7. MUJERES PRIVADAS DE LIBERTAD, SUS HISTORIAS DETRÁS DEL GÉNERO Licda. Gloria Edith Ochoa Zetino	107



8. **BREVE ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 11 CONSTITUCIONAL Y SU PERMANENTE VULNERACIÓN EN LOS CASOS DE DETENCIÓN POR FALTAS O INFRACCIONES** 123
Lic. Rigoberto Vargas
9. **EL NOVÍSIMO DERECHO PREMIAL: UN DESAFÍO AL GARANTISMO** 141
Lic. Hugo Roberto Saavedra
10. **LA UNIDAD DE IMPUGNACIONES DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL Y SU LUCHA CONTRA LA PENA DE MUERTE** 161
Licda. Nydia Lissette Arévalo Flores de Corzantes
11. **EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA CRISIS DEL PROCESO PENAL GUATEMALTECO** 183
Lic. Hans Aarón Noriega Salazar
12. **ALGUNAS CONSIDERACIONES DE DERECHO** 201
M.A. Pedro Pablo García y Vidurre
13. **LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y LA CUESTIÓN PREJUDICIAL** 215
Lic. Remberto Leonel Ruíz Barrientos
14. **LA ESCLAVITUD MODERNA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL GUATEMALTECO** 237
M.A. Fradique Reyes Lee
Defensor Público de Oficio
15. **ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER Y LA INCIDENCIA EN SU ACOSO SEXUAL** 255
M.A. Edgardo Enrique Enríquez
16. **PROCESO DE CONFIGURACIÓN EN LA DEDUCCIÓN DE HECHO Y DEDUCCIÓN DE DERECHO EN EL PROCESO PENAL (Elementos para el ejercicio de defensa penal)** 275
Lic. Luis Enrique Quiñonez Zeta



EDITORIAL

Honrosamente se presenta la séptima edición de la Revista del Defensor, la que se encuentra llena del entusiasmo mostrado por gran número de Defensoras y Defensores Públicos, interesados en dar a conocer el material jurídico motivados por esta Revista de reflexión y análisis que ha despertado en ellos el deseo de colaborar cognitivamente. Cada vez es mayor, la demanda que tiene esta tribuna de expresión la cual puede ser consultada en la página web de nuestra Institución.

Esta edición, la conforman 16 artículos, de los cuales los autores son los responsables de su contenido, dichos artículos fueron seleccionados bajo el criterio de relevancia actual y de incidencia en el campo jurídico. Los trabajos cubren variadas aéreas del Derecho, con la finalidad que el lector conozca mayores temas de contenido y le sirvan de punto de referencia para cultivarse en la cultura de la lectura que le permita desenvolverse en su campo laboral y académico.

La singular importancia de la revista se ve reflejada porque se abordan variados tópicos como El Instituto de la Defensa Pública Penal y su articulación con el Sistema Jurídico propio de los Pueblos Indígenas, La Eutanasia desde una perspectiva Constitucional, La imputación objetiva y la cuestión prejudicial, La ponderación de la pena, El Neoconstitucionalismo y la Crisis del Proceso Penal Guatemalteco, entre otros.

Despierta especial interés el artículo de la Unidad de Impugnaciones del IDPP, y su lucha contra la pena de muerte, así como los trabajos titulados; Las mujeres privadas de libertad y su historia detrás del género, Proceso de configuración de hecho y deducción de derecho en el proceso penal.

Se espera que la presente llene las expectativas de calidad y provecho del lector, que al final es quien valida la misma con su aceptación.

**INSTITUTO DE LA
DEFENSA PÚBLICA PENAL
Y SU ARTICULACIÓN CON
EL SISTEMA JURÍDICO
PROPIO DE LOS PUEBLOS
INDÍGENAS**



INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL Y SU ARTICULACIÓN CON EL SISTEMA JURÍDICO PROPIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

M.A. Héctor Oswaldo Choc Xol¹

SUMARIO

1. Instituto de la Defensa Pública Penal y su articulación con el sistema jurídico propio de los pueblos indígenas. 2. Fundamento legal del IDPP y el actuar del defensor público indígena ante el derecho oficial y el sistema jurídico propio de los pueblos indígenas. 3. Peritajes culturales y desarrollo de la estrategia de defensa con pertinencia cultural. 4. Cumplimiento del fortalecimiento del Instituto de la Defensa Pública Penal – Defensorías Indígenas – Fase II.

1. Instituto de la Defensa Pública Penal y su articulación con el sistema jurídico propio de los pueblos indígenas.

Se debe de empezar con el presente tema, dando a conocer la alta estima y admiración a tan selecta Directora del Instituto de la Defensa Pública Penal Licenciada Blanca Aída Stalling Dávila, quien fue la propulsora del eje transversal de interculturalidad, por medio del proyecto “Fortalecimiento del Instituto de la Defensa Pública Penal – Defensorías Indígenas – Fase II” lo que constituye un seguimiento de la primera fase del proyecto del mismo nombre que fue ejecutado de enero 2002 a diciembre 2004.² La Fase II fue planificada con una duración de 30 meses a partir de diciembre de 2005.

¹Héctor Oswaldo Choc Xol, Maya Queqchi, Abogado y Notario, Magister Artium Derecho Procesal y Mercantil, Defensor Público Étnico, Ex Coordinador Nacional de Defensorías Indígenas del IDPP, Doctorando en Derecho Penal, Docente Universitario.

²Fuente proyecto de Defensoría Indígena, Fortalecimiento del IDPP.

El propósito más importante fue dotarle al Instituto de Defensa Pública Penal -IDDP- las herramientas y las políticas institucionales necesarias para reconocer y facilitar el acceso al derecho por medio de la defensa jurídica penal a la población indígena de Guatemala, tomando en cuenta que se está frente a un Estado multiétnico, multicultural y multilingüe, es decir un derecho de defensa con pertinencia cultural, innovando así, un nuevo camino hacia la justicia.

A lo largo del desarrollo del eje transversal de interculturalidad fue dándole en primer lugar la figura del defensor indígena o abogado defensor étnico,³ trabajando junto al “defensor público” por supuesto, se debe aclarar en éste apartado que no es un elemento de discriminación al contrario es un componente profesional que coadyuva con la tipología social guatemalteca, logrando con ello en un corto plazo, la transversalización de un “eje de interculturalidad” en todo el quehacer de la institución, alcanzando con ello su “Misión” que es; Ser una entidad pública autónoma y gratuita que ejerce una función técnica de carácter social, con el propósito de garantizar el derecho de defensa, asegurando la plena aplicación de las garantías del debido proceso penal, a través de una interpretación oportuna en todas sus etapas.⁴

Del cual no deberá apartarse también su “Visión” cuyo estricto cumplimiento es; ser una entidad de alta calidad técnico legal con presencia, protagonismo y liderazgo en el sistema de justicia y en el medio social, con una estructura organizacional y funcional eficaz y eficiente, que permita tener la capacidad de atender a todas aquellas personas que requieran de su servicio de asistencia jurídica, priorizando a las de escasos recursos y contando para ello con defensores públicos de alto nivel profesional hacia una justicia penal, que respete la plena vigencia de los principios

³Defensor Étnico, concepto que se utilizó para identificar al profesional del derecho maya hablante, tomando en cuenta la pertenencia cultural e identidad propia, como termino de referencia para poderlo distinguir del abogado no indígena.

⁴Marco legal de referencia, artículo 12 de la Constitución Política de la República y artículo 14 del Código Procesal Penal guatemalteco. 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.

constitucionales y procesales del derecho de defensa.⁵

El proyecto de Fortalecimiento del Instituto de la Defensa Pública Penal – Defensorías Indígenas – tanto en su primera, como en la segunda fase, fue financiado por la Real Embajada de Noruega y ejecutado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) bajo la modalidad NEX, o sea ejecución nacional; es decir que el mismo IDPP es la agencia ejecutora.⁶ De ellas el IDPP, cubre en la actualidad de su propio presupuesto a las quince defensorías indígenas distribuidas en el territorio de Guatemala.⁷

Maximizando el resultado perseguido en su ejecución de la cual se desprende la articulación de dos sistemas de justicia, es decir, se ubica en una plurijuricidad del sistema estatal de derecho siendo éste la recopilación y sistematización de fallos dictados por los tribunales penales de justicia en forma de un elenco de casos resueltos con pertinencia cultural que en su momento se le denominaba –casos paradigmáticos- (sentencias del sistema de justicia oficial, nunca vistas, luego de lecciones aprendidas y sistematizadas se descubre la existencia en cada causa penal la pertinencia cultural) que inmediatamente sirvió para el diseño del modelo de gestión y ser utilizados como ejemplos por los defensores públicos y sobre todo por el sistema de justicia estatal.

2. Fundamento legal del IDPP y el actuar del defensor público indígena ante el derecho oficial y el sistema jurídico propio de los pueblos indígenas.

Para el IDPP no fue fácil destruir la mente del abogado, desarrollado en un sistema de justicia oficialista, invisibilizando así la existencia de un

⁵Misión y Visión del Instituto de la Defensa Pública Penal, plasmado en su ley orgánica institucional.

⁶Fuente Programa de las Naciones Unidas Para el Desarrollo –PNUD- proyecto defensorías indígenas.

⁷ Defensorías indígenas ubicadas en los siguientes departamentos; Alta Verapaz, Baja Verapaz, El Petén, Santa Cruz El Quiche, Huehuetenango, Totonicapán, Quetzaltenango, Sololá, Chimaltenango, San Marcos, Puerto Barrios, Ixcán Playa Grande, El Quiché, Mazatenango y Nebaj El Quiche.

sistema jurídico propio de los pueblos indígenas, señalando que lo que aprendió en una aula universitaria de la carrera de Derecho, esos conocimientos tendría que argumentar y nada más que la *lex*, -ley- ya que, la ley promulgada por el legislativo está ordenada y eso es lo que hay que aplicar y fundamentar.

La apertura de la discusión de la estrategia de defensa con pertinencia cultural se enmarcó en la siguiente génesis metódica legal, ya que nacía la interrogante ¿Cuál norma se debe aplicar? ¿Cuál norma se debe fundamentar? La respuesta fue muy sencilla, ya que, se debió tomar en atención las características multiétnicas, pluriculturales y multilingües de la población guatemalteca, logrando de esa cuenta la articulación y transversalización de ambos sistemas de justicia, atendiendo casos de las personas que pertenecen a diversos grupos étnicos, indígenas, garífunas, xincas; sindicadas, imputadas o procesadas por delito o falta.

Cabe destacar la existencia de las siguientes normativas del derecho oficial o estatal.

- Constitución Política de la República.
- Convenio 169 de la OIT. Artículos 8, 9, 10 y 12.
- Ley del Servicio Público de Defensa Penal -Decreto 129-97-
- Ley Marco de los Acuerdos de Paz.
- Ley del Organismo Judicial.
- Código Procesal Penal.
- Otras normas ordinarias.

(Jurisprudencia, doctrina y principios generales del derecho)

Luego para profundizar más el tema de cómo fundamentar el derecho indígena, se acentúa la normativa siguiente:

Sistema jurídico propio de los pueblos indígenas,

- Constitución Política de la República. Artículos 58 y 66
- Convenio 169 de la OIT. Artículos 8, 9, 10 y 12.
- Ley del Servicio Público de Defensa Penal –Decreto 129-97-

- Ley Marco de los Acuerdos de Paz.
 - Ley de Idiomas Nacionales.
- (Dialogo, consulta y consenso)

Lo anteriormente mencionado, cumple así su objetivo específico, respecto a la articulación del IDPP, diseñando defensorías indígenas en las áreas de mayor población indígena del país, se aumentó el número de abogados indígenas para contribuir a la prestación del servicio de justicia en el propio idioma, se sensibilizó y capacitó a los funcionarios del sistema nacional de justicia, respecto al tema, mejoró la cobertura del servicio del IDPP y demás instituciones de justicia a diferentes grupos indígenas, se apoyó el fortalecimiento de las autoridades locales derivado de la ruptura del tejido social en Guatemala, producto de la guerra interna vivida por muchos años, y sobre todo se cumplió con desarrollar componentes de coherencia entre el derecho estatal y el derecho practicado por las jurisdicciones ancestrales de los pueblos indígenas.

Al lograr dicha articulación, se reconoce realmente que el guatemalteco como titular de derechos y obligaciones, en los últimos años, ha venido tomando conciencia creciente de una realidad legal de respeto a sus tradiciones. De hecho, se ha extendido el sistema de justicia indígena como numerosas reacciones para fortalecerlo. Hay medidas del Estado que buscan respetar el poder plural lo que muestra que se está ante un período histórico de transición, en un escenario normativo y cultural que sin duda ha avanzado en algunos aspectos, aunque persistan temores y discriminaciones. En tiempos de aceptación cultural, hay situaciones que tienen que construirse en la experiencia diaria, sólo aplicando la legislación estatal en conjunto con la normativa indígena, se observará, una verdadera estrategia de defensa con pertinencia cultural.

Cabe mencionar un extracto del discurso de la Licenciada Blanca Aída Stalling Dávila,⁸ en éste apartado del tema;

⁸ Directora del Instituto de la Defensa Pública Penal y Directora del Proyecto de Defensorías Indígenas, según mis notas como Coordinador del Eje Intercultural del IDPP, inauguración diplomado sobre Peritaje Cultural. Guatemala, 2007.

Es posible afirmar que el sistema de administración de justicia estatal satisface los parámetros mínimos del sistema de valores de la Constitución y de los instrumentos internacionales sobre la materia, sabemos que se encuentran vacíos normativos y resabios propios de una cultura jurídica jerarquizada y autoritaria, que dificulta el logro de las pretensiones del pacto político que es la Constitución de 1985. Es decir no basta con proclamar los derechos, es obligación desarrollarlos y garantizar su cumplimiento. En general prevalece una cultura jurídica monista y etnocéntrica que no toma en cuenta las características plurales y multiculturales de la nación guatemalteca.

3. Peritajes culturales y desarrollo de la estrategia de defensa con pertinencia cultural.

El IDPP, por medio del proyecto de Defensorías Indígenas ha logrado que los defensores públicos se conviertan en agentes de cambio, en la práctica de defensa legal con pertinencia cultural, por lo que es conveniente hacer énfasis en determinados casos atendidos:

- a) En el departamento de Totonicapán. Peritaje cultural aplicado en el caso por delitos de: usurpación e instigación a delinquir. Resultado del peritaje cultural: se demostró que en el municipio de Totonicapán la población indígena no registra sus derechos posesorios sobre la tierra para adquirir la propiedad; una venta originaria se hizo del vendedor al Consejo de la Comunidad, el Consejo de la Comunidad es una autoridad colectiva tradicional e integrado por diversas autoridades en servicio y ex autoridades, cuyo resultado fue que los elementos fundamentales del delito de usurpación e instigación a delinquir no existen en la visión cultural del pueblo indígena.
- b) En el departamento de Jalapa. Peritaje cultural aplicado en el caso por delito de: Contrabando de bebidas alcohólicas y fermentadas. El peritaje fue realizado por el Doctor Fredy

- Ochaeta.⁹ Siendo el resultado del peritaje cultural: al sindicado se le aplicó un instituto despenalizador como el criterio de oportunidad.
- c) Nuevamente en el departamento de Jalapa. Peritaje cultural aplicado en el caso por el delito de: Contrabando de bebidas alcohólicas y fermentadas. El Licenciado Andrés Cuz Mucú¹⁰ recomendó que se utilizara el estudio elaborado por el Dr. Ochaeta, en virtud de que se trataba del mismo delito en donde ya se había realizado previamente un peritaje cultural, siendo el resultado nuevamente la aplicación de una medida desjudicializadora como lo es el criterio de oportunidad.
- d) En el departamento de Baja Verapaz, Aldea Chilasco, jurisdicción de Salamá, se aplicó pertinencia cultural por el delito de: Atentado contra el patrimonio cultural y natural de la nación. Resultado de la defensa: El sindicado fue absuelto de cargos, debido a que se argumentó culturalmente que en dicho lugar existe una planta “chuut” que durante tiempos ancestrales la utilizan para la elaboración de material ornamental (masetas en forma de animales), estas plantas fueron cortadas para colocarlas en los charcos de lodo en donde los sindicados eran propietarios del terreno en donde se ubicaban las plantas.

Por razón de la estrategia de defensa con pertinencia cultural, el IDPP ha logrado que el Ministerio Público investigue y el Organismo Judicial resuelva aplicando criterios de pertinencia cultural en casos concretos. El tratamiento de la información que se puntualiza, responde a la necesidad del Instituto de la Defensa Pública Penal por medio de las Defensorías Indígenas de proporcionar a los operadores de justicia un instrumento de análisis, que contiene sentencias de causas penales resueltos con enfoque intercultural, determinando los fundamentos legales citados en las resoluciones e identificando los valores y principios culturales aplicados

⁹ Fredy Ochaeta, sociólogo, consultor técnico del Proyecto de Defensorías Indígenas.

¹⁰ Andrés Cuz Mucú, líder indígena maya queqchi', facilitador intercultural del Proyecto de Defensorías Indígenas.

por los jueces. Por lo que es conveniente dar a conocer la siguiente causa penal, planteando la estrategia de defensa con pertinencia cultural de los abogados étnicos del IDPP del departamento de Totonicapán Licenciada Dora Petronila García Ajucum y Licenciado Pedro Edín Ixquiac Sum.¹¹

C-39-2007. TRIBUNAL DE SENTENCIA PENAL,
NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE
DEL DEPARTAMENTO DE TOTONICAPAN, TOTONICAPÁN
DE CATORCE DE DICIEMBRE DE DOS MIL SIETE.-----

EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE
GUATEMALA, este Tribunal dicta Sentencia en el proceso
penal número treinta y nueve guión dos mil siete, seguido
en contra de SANTOS HILARIO PRETZANTZIN TOHOM,
ENRIQUE TZOC CANIZ, JUSTO RUFINO PRETZANTZIN
TOHOM, DIEGO ANSELMO TZOC CANIZ Y RAMON
NICOLAS TZOC CANIZ, por los DELITOS de ROBO
AGRAVADO EN FORMA CONTINUADA Y COACCION. La
acusación la presentó la Agente Fiscal del Ministerio Público
de Totonicapán, Abogada ESTER ELIZABETH MENDEZ
PÉREZ DE DE LEÓN quién la sostuvo en el debate. La
defensa de los procesados JUSTO RUFINO PRETZANTZIN
TOHOM, DIEGO ANSELMO TZOC CANIZ Y RAMON
NICOLAS TZOC CANIZ está a cargo de la Abogada DORA
PETRONILA GARCÍA AJUCUM, y la de los procesados
SANTOS HILARIO PRETZANTZIN TOHOM y ENRIQUE
TZOC CANIZ está a cargo del abogado PEDRO EDIN
IXQUIAC SUM, ambos abogados defensores del Instituto de
la Defensa Pública Penal de esta ciudad. ----

Al establecer la norma constitucional contenida en
el artículo 203 que ejercen función jurisdiccional “otros

¹¹Dora Petronila, Coordinadora Departamental del IDPP y abogada defensora indígena.

tribunales creados por la Ley”, se incorporan por esta vía, las autoridades comunitarias de origen maya, porque se entiende la palabra tribunal, en forma genérica, como ente que resuelve problemas administrando justicia. Para este Tribunal el sistema nacional de justicia está integrado por: El Sistema oficial de justicia; Métodos alternativos de resolución de conflictos y el sistema jurídico maya o comunitario. Se concluye entonces que los acusados: ENRIQUE TZOC CANIZ, JUSTO RUFINO PRETZANTZIN TOHOM y RAMON NICOLAS TZOC CANIZ, en relación al robo ocurrido en casa del señor JUAN APOLINARIO AJCHE TZOC, el diez de enero del presente año; así como SANTOS HILARIO PRETZANTZIN TOHOM, ENRIQUE TZOC CANIZ, JUSTO RUFINO PRETZANTZIN TOHOM, DIEGO ANSELMO TZOC CANIZ Y RAMON NICOLAS TZOC CANIZ, en relación al robo ocurrido el doce de enero de dos mil siete en la iglesia evangélica Príncipe de Paz, del paraje media cuesta, cantón Chimente, de Totonicapán; ya fueron validamente juzgados y sancionados por los hechos referidos y en consecuencia, este tribunal no puede entrar a juzgar tales hechos, porque al hacerlo estaría vulnerando la garantía de única persecución contenida en el artículo 8.4. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 17 del Código Procesal Penal que comprende la garantía de que nadie podrá ser juzgado nuevamente por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme y la de que nadie puede ser penado dos veces por el mismo hecho. Julio Maier señala que esta garantía tiene sentido procesal y cubre el riesgo de una persecución penal renovada o múltiple cuando ha fenecido una anterior o aún está en trámite. El tribunal acoge la tesis planteada por la defensa de los acusados en el sentido de que los mismos ya fueron juzgados y que es inadmisibles la doble persecución por el mismo hecho. (para el lector la negrilla y subrayado es propia) El presente fallo está en armonía con la sentencia

emitida por la Corte Suprema de Justicia, con fecha siete de octubre de dos mil cuatro, dentro del expediente número doscientos dieciocho guión dos mil tres, al resolver la casación interpuesta por la defensa del acusado Francisco Velásquez López. En el presente caso, los acusados ya fueron condenados, por una resolución comunitaria que tiene las características de una sentencia firme, (para el lector la negrilla y subrayado es propia) porque no existe dentro de ese derecho, otra instancia que pueda validamente, confirmar o revocar el fallo dado, por lo que lo procedente es que, como manifestación la coordinación, encuentro y apoyo de los subsistemas que conforman el Sistema Nacional de Justicia, los acusados y condenados por la justicia comunitaria de los cantones Pachoc y Chimente del departamento de Totonicapán, vuelvan a esas autoridades comunitarias para que ejecuten el fallo dictado, con la limitación de que en tal procedimiento, deben de respetar irrestrictamente, la dignidad y los derechos humanos de los penados, porque al aceptarse el procedimiento, tiene que aceptarse también sus resoluciones y sanciones validamente declaradas.”¹²

4. Cumplimiento del fortalecimiento del Instituto de la Defensa Pública Penal – Defensorías Indígenas – Fase II.

Para finalizar, el sistema jurídico propio de los pueblos indígenas, se recordará que surge de la vida misma, es cultura y cosmovisión que busca mantener el respeto y armonía entre el hombre, naturaleza y el universo, que va desempeñando funciones de regulación social y orientación de conducta de los miembros de la comunidad y resolución que amenazan la armonía y equilibrio del cosmos, utilizando la sentencia señalada, se persigue la reparación del daño ocasionado, tanto espiritual como material, contemplando tanto la situación de la víctima como del victimario, lo que

¹²Extracto de la sentencia identificado con el número C-39-2007 del Tribunal de Sentencia Penal Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Departamento de Totonicapán. De fecha 14-12-2007.

contribuye a restaurar, el equilibrio comunitario, es decir; el equilibrio de la población indígena.

La aplicación del sistema jurídico indígena, en la sentencia aludida, identificó tres procedimientos básicos; el diálogo, la consulta, y el consenso, acompañado de sus propias características; la reparación, la conciliación y la dinámica del universo. La dinámica de ejercer autoridad dentro de la población indígena, la colectividad, es quien ejerce el poder y éste poder da vida a responder a las propias necesidades de justicia de la comunidad, cómo revocar oportunamente una sanción indígena. Por ello, el Instituto de la Defensa Pública Penal, como agente institucional de cambio en la justicia, inició una estrategia con pertinencia cultural, finalizando con ello la efectiva articulación de dos sistemas de justicia verificando así, su mandato legal constitucional como los establecidos en los Acuerdos de Paz, específicamente al Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas y el Acuerdo de Fortalecimiento del Poder Civil y función del Ejército en una Sociedad Democrática. Tal como se puntualizó en el plan estratégico del IDPP período 2005 al 2009.

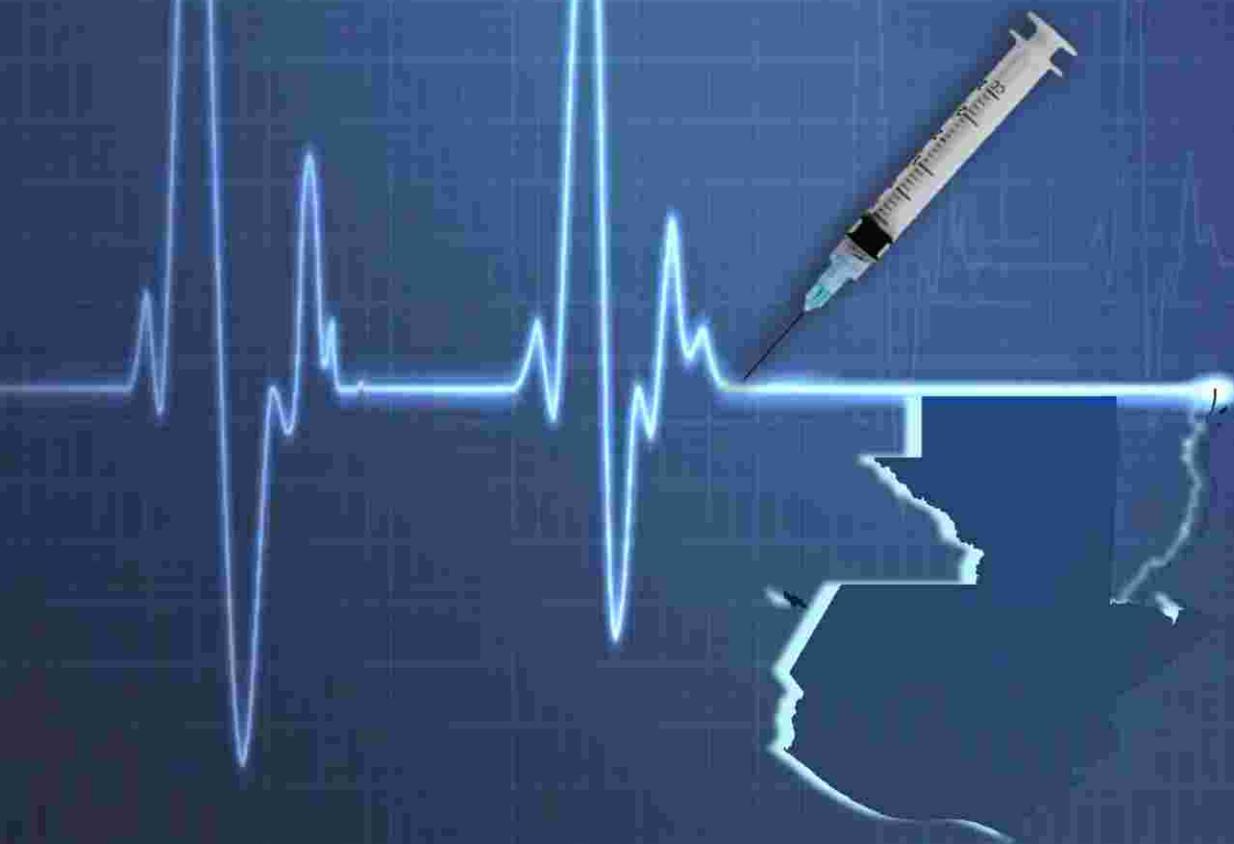
Lo anteriormente escrito no significa, que los indígenas estén construyendo sistemas de justicias paralelos, en contraposición o para opacar los sistemas de justicia estatal; el único compromiso es reflejar la realidad de un estado guatemalteco pluriétnico, pluricultural y plurilingüe y no solamente parafrasear que –el Estado se organiza para garantizar la justicia y la paz social- si no que, se debe reconocer que el Instituto de la defensa Pública Penal y su articulación con el sistema jurídico propio de los pueblos indígenas ha cumplido.

BIBLIOGRAFÍA

1. Cabanellas, Guillermo, DICCIONARIO DE DERECHO USUAL 14^a. Edición 1979. Editorial Heliasta S:R:L 400 págs.
2. Gómez, Magdalena. DERECHO INDÍGENA. Imprenta de Juan Pablos, S.A. México D.F. 1997, 470 págs.
3. Ordoñez Cifuentes, José Emilio Rolando, DERECHO INDÍGENA EN MESOAMERICA. Tinta Negra Editores, Segunda Cerrada de Altamirano Núm. 6, 1^a. Edición. México 2007, 157 págs.
4. Par Usen, Mynor. MÓDULO DE INTERCULTURALIDAD. Editorial serviprensa. 1^a. Edición, Guatemala 2008, 76 págs.
5. Rivera Neutze, Antonio Guillermo. AMIGABLE COMPOSICIÓN, MÉTODOS ALTERNOS PARA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, NEGOCIACIÓN, MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN. Primera Edición, Editorial Óscar de León Palacios, Guatemala, Centroamérica, 2001.
6. Reyes Calderón, José Adolfo y Durán. DERECHO MAYA. Profasr. 1^a. Edición. Guatemala C.A. 1999, 202 págs.
7. Taracena Enriquez, Augusto. DIAGNÓSTICO DE LAS INSTANCIAS Y MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. Defensorías mayas. Cholsamaj. Guatemala, 2001.
8. Yrigoyen Fajardo, Raquel. PAUTAS DE COORDINACIÓN ENTRE EL DERECHO INDÍGENA Y EL DERECHO ESTATAL. 1^a. Edición. Guatemala 1999, 136 págs.
9. ACCESO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA JUSTICIA DESDE EL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS, PERSPECTIVAS EN EL DERECHO INDÍGENA Y EN EL SISTEMA DE JUSTICIA OFICIAL. Guatemala, 2008, 197 págs.

10. Comisión Nacional Para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia. ACCESO DE LOS INDÍGENAS A LA JUSTICIA OFICIAL EN GUATEMALA, Magna Terra Editores S.A. Guatemala 2007, 337 págs.
11. DERECHO INDÍGENA Y APLICACIÓN DEL CONVENIO 169 EN LA JUSTICIA GUATEMALTECA. Cobán, Alta Verapaz, Septiembre 2002, 135 págs.
12. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL CONVENIO 169 DE LA OIT. Guía para la aplicación judicial. Guatemala, Ediciones Superiores Guatemala. Noviembre 2004, 246 págs.
13. Oxlajuj Aj Pop. LA AUTORIDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO MAYA EN GUATEMALA, Conferencia nacional de ministros de la espiritualidad maya.
14. RI QETAMB'AL CHE RI SUK'B'ANIK. Experiencias de aplicación y Administración de Justicia Indígena. 2ª. Edición, Litografía Nawal Wuj S.A. Guatemala, Guatemala C.A. abril 2001, 195 págs.
15. PLURALISMO JURÍDICO/ INTERCULTURALIDAD Y DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA, Guatemala/México. 2005, 191 págs.
16. SISTEMATIZACIÓN MEDIADA PEDAGÓGICAMENTE DE CASOS RESUELTOS CON PERTINENCIA CULTURAL EN EL DERECHO OFICIAL Y EN EL DERECHO MAYA, Guatemala, enero 2009. Ceder. Pág. 2007.

LA EUTANASIA DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL EN GUATEMALA



LA EUTANASIA DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL EN GUATEMALA

Licda. Ingrid Romero Escribá

INTRODUCCIÓN

Este breve ensayo sobre la eutanasia o también denominada: –buena muerte- por la ausencia de sufrimiento o dolor para quien fallece, se realiza porque es un tema jurídico de trascendencia, y que socialmente, ha generado conflictividad en tiempos pasados y presentes en el mundo, hecho en el cual Guatemala no está fuera de discusión por la existencia de posturas diversas al respecto, las que son consecuencia del punto de vista que se le dé al mismo: religioso, jurídico, médico, ético, cultural, etc.

Atendiendo a la pluralidad de formas en las cuales se puede tocar este tema, el presente trabajo aborda la eutanasia desde la perspectiva jurídica, esencialmente constitucional, porque se pretende conocer qué posibles alcances podría tener la decisión personal de un individuo que se encuentra en una situación de dolor físico permanente determinado por la fase terminal de una enfermedad de querer privarse de la vida en forma voluntaria y la contraposición que dicha decisión implica ante los derechos fundamentales que están reconocidos y consagrados en la Ley Suprema de un Estado, citando entre estos derechos: la vida y la libertad.

Partiendo del derecho que postula que todo ser humano puede hacer con su vida lo que considere (libre albedrío), tomando todas aquellas decisiones que estime pertinentes, decisiones que son propias, libres y autónomas; además, de que el Estado debe de garantizarle el derecho a no ser perseguido y/o molestado por esas decisiones, opiniones o actos,¹ se podría entonces, permitir a una persona tomar la decisión voluntaria y personal de querer poner fin a su propia vida; si la persona está bien

¹ Véase artículo 5. Libertad de acción. Constitución Política de la República de Guatemala.

impuesta sobre las consecuencias de dicha decisión, y teniendo en cuenta los motivos que la impulsan, como podría ser dejar de padecer un sufrimiento grave por una enfermedad incurable, es necesario que el Estado de Guatemala con respecto a la eutanasia, se formule las siguientes interrogantes: ¿Será que el ser humano no tiene el derecho a decidir que quiere morir cuando sus expectativas de vida son cortas y dolorosas? ¿Será que la intervención del Estado en cuanto a los derechos de un ciudadano, implica la limitación de permitirle a éste, disponer libremente sobre su propia vida basado en las circunstancias ya descritas? ¿Será que la decisión de poner fin a la vida le corresponde única y exclusivamente a Dios?, de conformidad con las creencias religiosas que se posean; y por último, ¿Será que si el Estado de Guatemala tiene derecho a quitarle la vida a un ser humano, imponiéndole la pena de muerte,² entonces se le puede vedar a la persona que sea ella misma la que decida si quiere o no continuar viviendo en una situación que no sólo lo deteriora lentamente, sino que obligadamente le hace perder su dignidad como persona?

Al abordar este delicado tópico, el interés, más allá de realizar un aporte investigativo mínimo, es invitar al lector a profundizar más sobre el tema de la eutanasia, a efecto de que pueda ir fijando una postura específica en relación a la misma, en el sentido de que si la eutanasia no debe permitirse en Guatemala, ya que hasta la presente fecha, se considera que ésta atenta contra un derecho humano fundamental que a la vez constituye una obligación principal para el Estado, como lo es garantizarle a sus habitantes sin distinción, el derecho a la vida;³ o por el contrario, si la eutanasia debería ser permitida, en virtud de que la legislación guatemalteca no considera la vida como un derecho absoluto al permitir la pena de muerte, y la propia Constitución Política de la República de Guatemala norma los límites de su aplicación, estableciendo con ello que si el Estado puede disponer sobre

² En Guatemala, de conformidad con la ley penal, la pena de muerte está contemplada como una pena principal, y la Constitución Política de la República establece en su artículo 18, los casos en que no podrá imponerse la pena de muerte.

³ La Constitución Política de la República de Guatemala norma en su artículo segundo: "Artículo 2º. Deberes del Estado. 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 vida de un ser humano, porque entonces, al propio ser humano no se le es permitido decidir dejar de vivir, ante el padecimiento de condiciones fisiológicas graves e insostenibles, que han convertido su vivir en una constante agonía.

LA EUTANASIA

La eutanasia deriva del vocablo griego Eu- bien, y Thanatos- muerte, lo que significa “buena muerte”. Sostiene la Doctora Carmen Mazariegos Franco, Docente de la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad de San Carlos de Guatemala que una definición adecuada de eutanasia es: “proporcionar una muerte “dulce y tranquila” a los enfermos incurables y a los moribundos antes que su vida se extinga en una agonía amasada por sufrimientos y desesperanza”. O bien, “la muerte confortable promovida por el mismo enfermo, por el médico o un tercero”.⁴

También se ha definido

Como la conducta que por acción u omisión causa la muerte de una persona con una enfermedad irreversiblemente fatal con el fin de eliminar su sufrimiento”. En esta definición es necesario subrayar distintos aspectos: En primer lugar, la enfermedad que sufre el paciente es incurable a la luz de los actuales conocimientos médicos y es capaz por sí misma de causar la muerte en un tiempo breve. Esta proximidad o vecindad con la muerte es una nota específica de la eutanasia y la distingue del homicidio. En segundo lugar, la acción u omisión de terceras personas es fundamental en la eutanasia. No es el sujeto quien se administra a sí mismo la muerte, sino que es otro sujeto el que por acción o por omisión lleva a cabo esta práctica. En tercer lugar, la práctica de la eutanasia obedece a un motivo, a saber, eliminar el sufrimiento de la persona enferma. En

⁴Mazariegos Franco, Carmen L. “BIOETICA MEDICA”. Universidad de San Carlos de Guatemala. Pág. 93.

esta práctica, el libre consentimiento de la persona enferma es fundamental”.⁵ “Práctica mediante la cual, una persona accede a facilitar la muerte o deceso de un individuo, habiéndolo este último solicitado para poner fin a su dolor y sufrimiento”.⁶ Francisco Bacon, en el siglo XVII sostuvo “que la eutanasia es el derecho que asistía a una persona para dar muerte a otra por razones piadosas, cuando los dolores le eran insoportables y no había esperanzas de curación”, bautizó este género de muerte con el nombre de “eutanasia”. De las numerosas definiciones que se han propuesto, podemos decir que son cinco los elementos que se comprenden dentro de su concepto: 1) Que se trate de un enfermo incurable; 2) Que padezca de crueles dolores; 3) Que la muerte se dé a su propio pedido, de los miembros de su familia o de sus guardadores; 4) Que se haga a impulsos de un sentimiento profundo de piedad y humanidad; y 5) Que se le procure una muerte exenta de sufrimientos.⁷

Se deduce por parte de la autora, del segundo elemento descrito (la voluntad del enfermo), un sexto elemento concreto, la intervención de un tercero (s) para cumplir el deseo de la persona que toma la decisión de morir, que como puede claramente advertirse, puede incurrir en responsabilidad legal.

Entre las clasificaciones más relevantes de la eutanasia se pueden citar las siguientes:

Atendiendo a su finalidad, la eutanasia se puede clasificar:

⁵Anuario de Psicología. “EUTANASIA, LIBERTAD Y RESPONSABILIDAD SOCIAL”. Facultad de Psicología, Universidad de Barcelona. Volumen 29. 1998. Pág. 97.

⁶www.definicionabc.com/salud/eutanasia.php

⁷PACHECO G. Máximo. “TEORÍA DEL DERECHO”. 4ª. ed. Editorial Temis, Colombia. Editorial Jurídica de Chile, 1990. Pág. 172.

EUTANASIA EUGÉNICA: Por razones de higiene racial, libera a la sociedad de los enfermos, que son una carga.

EUTANASIA PIADOSA: Es la que se practica con el fin de aliviar los dolores y sufrimientos a un enfermo.

Atendiendo a sus medios, se clasifica en:

EUTANASIA POSITIVA: Que es aquella en que el agente de manera directa y positiva, actúa sobre la persona enferma provocándole la muerte.

EUTANASIA NEGATIVA: El agente deja de hacer algo que permite proseguir con la vida del paciente.

Atendiendo a sus intenciones, se clasifica en:

EUTANASIA DIRECTA: Cuando en la intención del agente, existe el deseo de provocar la muerte directamente al enfermo.

EUTANASIA INDIRECTA: Consiste en la muerte no querida en su intención, que sobreviene a causa de los efectos secundarios del tratamiento paliativo del dolor.

Y por último, atendiendo a la voluntariedad, se clasifica en:

EUTANASIA VOLUNTARIA: Es la que solicita el paciente de palabra o por escrito; es decir, obra el consentimiento del paciente.

EUTANASIA INVOLUNTARIA: Es la que se aplica a los pacientes sin su consentimiento; es decir, se produce cuando se deja morir intencionalmente al paciente por omisión de cuidados o tratamientos necesarios y razonables.

De las clasificaciones de la eutanasia que se han citado anteriormente, se puede afirmar que la diferencia entre eutanasia activa y eutanasia pasiva equivale a matar y dejar morir, es decir, entre realizar acciones que conducirán

a la muerte de un paciente y permitir morir, no interfiriendo en el curso de acontecimientos que ocasionarán la muerte.

Ahora bien, desde un punto de vista ético, la diferencia entre eutanasia activa y eutanasia pasiva, entre matar y dejar morir, no siempre se ve una diferencia tan clara y significativa. Ciertamente, da cobertura legal al médico cuando deja de administrar ciertos fármacos o desconecta ciertos aparatos, pero parece ser que implica alguna incoherencia. Si, como se suele argumentar para prohibir la eutanasia activa, la vida es un valor absoluto que se ha de mantener sea como sea, entonces no se tendría que permitir ningún tipo de eutanasia. Si, por otro lado, lo que más importa es reducir el sufrimiento de la persona, entonces tanto una como otra eutanasia tendría que ser permitida.⁸

La eutanasia activa prácticamente está prohibida en todo el mundo. Pero se dan casos concretos de personas con enfermedades irreversibles, con padecimientos poco suavizantes con fármacos, con total capacidad de decidir, en los cuales es difícil, desde un punto de vista ético, oponerse a la petición de eutanasia. La transformación de una persona en un vegetal, a fin de evitar el dolor, puede ser una profanación de su identidad y de su dignidad.⁹

Para referirse a la eutanasia desde una perspectiva constitucional en Guatemala, es necesario que se haga una referencia previa y brevemente de dos derechos fundamentales que tienen vinculación con el tema y que son los que sirven de sustento para las posturas que se fijan en cuanto a este tema: el derecho a la vida y el derecho a la libertad.

El derecho a la vida es aquel que tiene todo ser humano a conservar su vida y a que nadie atente contra ella, aunque existen excepciones a este derecho como lo serían la pena de muerte, la guerra justa, la legítima defensa y el estado de necesidad.

⁸ www.xtec.es/~lvallmaj/palau/bioeti23.htm

⁹Idem

La Constitución Política de la República de Guatemala establece en su artículo segundo como deber del Estado entre otros, el garantizarle a los habitantes de la República el derecho a la vida. Asimismo, el artículo tercero del citado cuerpo normativo estatuye que el Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.¹⁰

La Corte de Constitucionalidad en Guatemala, en cuanto al derecho a la vida se ha pronunciado en el sentido de que:

[...] el derecho a la vida está contemplado en el texto supremo (artículo 3) como una obligación fundamental del Estado, pues el propio preámbulo de la Constitución afirma la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social, y de ahí que en la ley matriz también se regule que el Estado de Guatemala debe organizarse para proteger a la persona humana (artículo 1) y que por ello debe garantizar a los habitantes de la República (entre otros aspectos) la vida y su desarrollo integral (artículo 2), por lo que este derecho constituye un fin supremo y como tal merece su protección[...].¹¹

Existen otros fenómenos que se consideran íntimamente relacionados al derecho a la vida, que al igual que la eutanasia, son controversiales y de relevancia en la actualidad: el suicidio y el aborto, los que sólo se citan a manera de referencia y en una forma muy general en este trabajo.

El suicidio consiste en la muerte de una persona, querida y provocada intencionalmente por ella misma y que no puede identificarse jamás con la eutanasia porque en el suicidio, no interviene una segunda persona, y la finalidad de la eutanasia se puede decir que es hacer un bien al enfermo al librarlo de un sufrimiento.

¹⁰ Véanse los artículos 2 y 3 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

¹¹ Gaceta número 64. Expediente 949-2002. Fecha de sentencia: 29/06/2002.

El aborto, es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.¹² El aborto es una cuestión polémica porque implica una disputa entre la libertad de la madre y el derecho a la vida que está en gestación. Con gran similitud con la eutanasia, la discusión del aborto se puntualiza en determinar si el principio de autonomía de la madre le otorga el derecho a decidir con respecto a la continuidad o no de su embarazo y determinar en qué medida el feto es una persona. En Guatemala, el aborto está penalizado como delito, sin embargo, sí está permitido en el caso en que está en riesgo la vida de la madre.¹³

Por otra parte, el derecho de libertad se puede definir como aquella atribución que tiene todo ser humano de determinarse a sí mismo, en el plano de la acción. El libre albedrío que posee el individuo, distinguiendo entre lo bueno y lo malo. La Ley Suprema de Guatemala lo tiene contemplado en su artículo cinco, en el que estatuye que toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma. La Corte de Constitucionalidad en referencia a este derecho se ha pronunciado de la siguiente manera:

[...] al artículo 5o constitucional, deviene imperativo acotar que al disponer que toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe, la disposición fundamental utiliza el concepto ley en sentido material, no formal, es decir, atendiendo no al órgano emisor del precepto normativo de que se trate, sino a la naturaleza de éste, comprendiendo toda norma jurídica de carácter general, emitida con el objeto

¹² Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, artículo 133. .

¹³El Artículo 137 del Código Penal Guatemalteco, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece: "Artículo 137. No es punible el aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer, 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 de agotados todos los medios científicos y técnicos".

de regular las relaciones sociales a fin de asegurar la pacífica convivencia, siendo indiferente el órgano del que haya emanado. De esa cuenta, dentro del concepto de ley contenido en el artículo 5o de la Constitución, tienen cabida, además de los Decretos del Congreso de la República (leyes ordinarias), entre otras clases de normas, los Reglamentos emitidos por la autoridad municipal, como el que se impugna, deviniendo que la libertad de acción consagrado por el citado precepto fundamental puede ser limitada por aquellas prohibiciones que aquél imponga a los administrados [...] ¹⁴

En el caso de la eutanasia, la libertad se entiende como la posibilidad de disponer de la integridad física personal y de la propia vida, frente al poder coactivo del Estado (prohibiendo u ordenando). Este derecho fundamental “la libertad” es el sustento primordial para aquellas personas que están de acuerdo con que la eutanasia sea permitida. Corresponde al individuo en base al principio de autonomía, decidir sobre su vida, hasta el extremo de morir si es lo que desea.

Al estudiar este tema, se logró establecer que los argumentos más sustentados a favor de la eutanasia, se resumen en los siguientes:

1. La enfermedad terminal. Produce a veces tales sufrimientos y dependencias de otros, que hacen que la vida pierda toda calidad y significado.
2. Respeto a la autonomía del paciente. Si es el paciente quien solicita la eutanasia, se debería acceder. Sin embargo, se olvida que la enfermedad terminal coloca a los pacientes en situaciones muy vulnerables y, por lo tanto, su autonomía está comprometida.
3. Compasión por el que sufre.

¹⁴Gaceta número 91. Expediente 536-2007. Fecha de sentencia: 18/03/2009.

4. El antecedente de que en algunos países se permite y se ha legislado a favor de la eutanasia. Hay personas que piensan que dejar morir o terminar con la vida de un paciente activamente es éticamente igual.¹⁵

Mientras que los argumentos en contra de la eutanasia son los que a continuación se describen, los que superan en cantidad a los que se han sido planteados a favor:

1. La eutanasia legal favorece una "pendiente peligrosa" en contra del derecho a la vida en otros campos.
2. La eutanasia empeora la relación médico-paciente e incluso la relación paciente-familiares.
3. La eutanasia desincentiva la inversión en cuidados paliativos y en tratamientos para el dolor.
4. La eutanasia pervierte la ética médica que desde Hipócrates se ha centrado en eliminar el dolor, no en eliminar el enfermo.
5. La eutanasia no es solicitada por personas libres, sino casi siempre por personas deprimidas, mental o emocionalmente.
6. La eutanasia no es un derecho humano, no está recogido en ningún convenio americano como tampoco europeo de derechos humanos.
7. La eutanasia, como el suicidio, podrían convertirse en un fenómeno contagioso para las sociedades.
8. La eutanasia dificulta el trabajo de los terapeutas que trabajan con minusválidos, deprimidos y enfermos.

¹⁵ escuela.med.puc.cl/publ/.../ReflexionEutanasia.html

9. La eutanasia tenderá a eliminar a los más pobres y débiles.¹⁶

Después de una muy breve referencia sobre la eutanasia, así como de las consideraciones que se tienen a favor y en contra de la misma, y de analizar que en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco vigente se regula la aplicación de la pena de muerte; la autora considera que podría resultar interesante y útil para un abogado defensor como garante de la más estricta exigencia de la justicia, el derecho de defensa y el debido proceso, que al enfrentar un caso que por sus características peculiares podría considerarse (la conducta descrita en la imputación) como eutanasia, explorar como estrategia de defensa, la posibilidad legal de la justificación de la misma, no desde el punto de vista doctrinario, sino desde el punto de vista que la eutanasia pudiera tener asidero en los Convenios y Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, para que con base en los referidos instrumentos y al amparo específicamente en esos requerimientos legales de evitar sufrimientos, vejámenes, tratos crueles e inhumanos, se puedan aplicar al plano de quien padece una enfermedad incurable, por supuesto, atendiendo a los requisitos médicos respectivos que la justifiquen y que puedan demostrar la necesidad de justificar la eutanasia activa y/o eutanasia pasiva, como consecuencia del derecho del propio enfermo, o bien de su familiar, que obliga tomar una decisión fundada, tal como se ha venido tratando en el presente trabajo.

Además, dicha estrategia se puede fundar también, en que si al Estado de Guatemala le es permitido decidir sobre la vida de una persona, cómo se puede prohibir que sea el propio individuo quien decida sobre su vida, cuando las circunstancias de la misma ya no le permitan continuar viviendo dignamente.

Es posible que lo expuesto por la autora podría ser considerado como infructuoso y hasta ficticio; sin embargo, tratándose de la tarea de defender a personas que corren el riesgo de ser condenadas por la comisión de un delito grave, como lo podría ser homicidio, parricidio, asesinato, entre otros, no es aconsejable menospreciar la posibilidad de estudiar este punto,

¹⁶www.webislam.com/?idt=7359

capaz en cualquier momento, no sólo de lograr la imposición de una pena mínima, sino que posiblemente, hasta una condena absoluta.

CONCLUSIONES:

En el tema de la eutanasia no es fácil tomar la decisión de apoyar una postura existente –ya sea a favor o en contra-, toda vez que existen muchos aspectos humanos, religiosos, jurídicos, éticos, morales, etc., que se deben de valorar en cada caso en concreto; pero lo que si está claro, es que el derecho a la vida es un derecho consagrado y considerado como absoluto; sin embargo, es de considerar que este derecho no puede él mismo constituir una limitante y/o restricción, cuando las condiciones de vida se tornen intolerables, por existir un sufrimiento constante a causa de una enfermedad incurable y/o terminal, para que por el principio de autonomía de la voluntad, una persona pueda tomar la decisión propia y voluntaria de renunciar a un derecho, incluso un derecho fundamental, y decidir querer morir.

Existen varias clases de eutanasia, pero es importante establecer cuáles de las mismas, podrían llegar a ser aceptables y cuáles definitivamente resultarían arbitrarias. En este último supuesto, hay que descartar todas aquellas que se practican sin el consentimiento expreso del paciente, ya que le corresponde única y exclusivamente a éste decidir cuanto dolor puede soportar y qué valor dar a su vida, ya que en este caso específico, si existiría una preeminencia del derecho a la vida frente a la eutanasia, porque no existe autonomía de la voluntad, porque la eutanasia se practicaría sin el consentimiento expreso del paciente, sin importar cuáles podrían ser las causas atenuantes que se hubiere tenido para el efecto.

En Guatemala la eutanasia está prohibida, sin embargo esto no sería una limitante para que en un momento específico el abogado defensor que se encuentre en una situación que pudiera considerarse como eutanasia, pudiera enfocar su estrategia de defensa desde el punto de vista de los convenios y tratados internacionales que en materia de derechos humanos

existen y que han sido incorporados a la legislación guatemalteca, mediante la ratificación de los mismos, para que con base en los referidos instrumentos y al amparo de lo que estos postulan, se puedan aplicar al plano de quien padece una enfermedad incurable, como derecho del propio enfermo o bien de su familiar. Aunado a ello, se podría considerar que si en Guatemala está permitida la pena de muerte, no se limite entonces, ese derecho al propio ser humano de decidir el destino de su vida.

BIBLIOGRAFÍA

1. La Constitución Política de la República de Guatemala.
2. Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, artículo 133.
3. Gaceta número 64. Expediente 949-2002. Fecha de sentencia: 29/06/2002.
4. Gaceta número 91. Expediente 536-2007. Fecha de sentencia: 18/03/2009.
5. Anuario de Psicología. “EUTANASIA, LIBERTAD Y RESPONSABILIDAD SOCIAL”. Facultad de Psicología, Universidad de Barcelona. Volumen 29. 1998.
6. La Biblia. “Libro del Génesis”.
7. Mazariegos Franco, Carmen L. “BIOÉTICA MÉDICA”. Universidad de San Carlos de Guatemala.
8. Pacheco G. Máximo. “TEORÍA DEL DERECHO”. IV. Edición. Editorial Temis, Editorial Jurídica de Chile. 1990. Página 172.
9. www.definicionabc.com/salud/eutanasia.php
10. www.xtec.es/~lvallmaj/palau/bioeti23.htm
11. escuela.med.puc.cl/publ/.../ReflexionEutanasia.html
12. www.webislam.com/?idt=7359

**REFLEXIONES ACERCA
DE LA APLICACIÓN DEL
CRITERIO DE OPORTUNI-
DAD PARA EL DELITO DE
TRÁFICO ILEGAL DE
FLORA Y FAUNA**



REFLEXIONES ACERCA DE LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD PARA EL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE FLORA Y FAUNA

M.A. Astrid Kenelma García y Vidaurre
Defensora Pública, Cobán, Alta Verapaz

Se ejerce como Defensora Pública en la bella Alta Verapaz, una región del país muy rica en flora y fauna, pero que a la vez, es una región marcada por una lacerante pobreza. Ante esa triste realidad es muy frecuente que los comunitarios transporten especies de animales o plantas protegidas y desconocen que al hacerlo cometen el ilícito penal de Tráfico de Flora y Fauna contenido en el artículo 82 de la Ley de Áreas Protegidas, Decreto 4-89 del Congreso de la República. Este delito es de acción pública y la persecución penal se da inevitablemente por el Ministerio Público.

Cuando se tiene a cargo la defensa técnica de una persona en un proceso penal de esta naturaleza, se debe analizar desde su inicio la trascendencia de la acción imputada, cuál es la participación de aquella persona que ilegalmente transporta, intercambia, comercializa o exporta ejemplares vivos o muertos de flora y fauna silvestre, amenazados de extinción.

En estos casos es de vital importancia invocar la circunstancia atenuante del artículo 26, numeral 9, del Código Penal. Se trata del error de prohibición vencible, como circunstancia que modifica la responsabilidad penal. Al concurrir esta circunstancia, la responsabilidad del sujeto activo del delito disminuye, porque la ignorancia del imputado es un elemento esencial para la realización del injusto penal. Ello produce una disminución considerable en el grado de culpabilidad, que amerita que el hecho no merezca llegar hasta las instancias del juicio oral y público.

¿Qué se entiende por error de prohibición?

El error de prohibición no es más que el “error sobre el conocimiento de la antijuricidad”. En otras palabras esta circunstancia se da cuando el imputado actúa desconociendo “la prohibición contenida en la norma penal”.¹

El error influye decisivamente en el dolo y se le puede clasificar como error de prohibición directo, que es el “desconocimiento de la norma penal, (que) puede ser invencible (inevitable) y sus efectos son eximir la responsabilidad. Si el desconocimiento fue invencible (que haya podido superarlo; pero no lo hizo) disminuye la reprochabilidad de la acción, debe tratarse como un tipo imprudente”. Por otra parte se tiene el error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación, el cual “Segue el mismo tratamiento del error invencible, exime la culpabilidad. En este caso se incluye la eximente de error, conocida como legítima defensa putativa regulada en el artículo 25 numeral 3º del Código Penal.”²

En cuanto al delito de Tráfico Ilegal de Flora y Fauna,³ deviene importante resaltar cuáles son los elementos del tipo penal, para interpretar adecuadamente la norma jurídica que lo regula, porque se busca una solución alterna al conflicto. Estos son los siguientes:

- Elemento Personal; cualquier persona, que incurra en la materialidad del hecho ilícito. Pero en la práctica cotidiana lo son los comunitarios pobres que históricamente viven o subsisten de lo que recolectan de su entorno.
- Elemento material; ilegalmente transportar, intercambiar, comercializar o exportar ejemplares vivos o muertos, partes o derivados de productos de flora y fauna silvestre amenazadas de extinción, así como de las endémicas y de

¹Girón Palles, José Gustavo. Teoría del delito. Pág. 80

²Idem.

³Ley de Áreas Protegidas, Decreto 4-89 del Congreso de la República de Guatemala.

aquellas especies consideradas en peligro de extinción por la Comisión Nacional de Áreas Protegidas, CONAP. Los comunitarios transportan uno o varios ejemplares al mercado para su comercio y no provocan un daño considerable o sistemático, como lo puede hacer un grupo organizado para depredar una determinada especie de flora o fauna.

- Elemento Subjetivo: la intencionalidad de traficar la flora y fauna silvestre en los términos relacionados en el tipo penal correspondiente. Esto debe implicar la intención de tráfico y la de contravenir la prohibición penal.
- Elementos Normativos: comercializar, exportar, extinción, endémico especies, consejo nacional de áreas protegidas.

La estrategia del defensor debe enfocarse en una solución judicial alterna al procedimiento común, para beneficiar al imputado. En este caso es fundamental tomar en cuenta que la responsabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito es mínima, por actuar bajo el desconocimiento de la prohibición penal. La ignorancia de la existencia del ilícito se evidencia por ser personas que viven aislados, en remotas comunidades rurales y sin mayor acceso a la información. Aunado a la falta de implementación de campañas de información y sensibilización de las instituciones de gobierno encargadas de la conservación del ambiente. De manera que la contribución mínima del imputado, abre las puertas del criterio de oportunidad, del artículo 25, numeral 4, del Código Procesal Penal.

Para comprender el presente tema es menester dedicarle unas líneas para explicar que se entiende del concepto de Criterio de Oportunidad.

El Criterio de Oportunidad es la facultad que tiene el Ministerio Público, bajo el control del Juez, de no ejercer la acción penal debido a su escasa trascendencia social o mínima afectación del bien jurídico protegido, a las circunstancias especiales en la responsabilidad del sindicado o cuando el imputado sufre las consecuencias de un delito culposos.

Objetivo: El Criterio de Oportunidad nace de la necesidad que tiene el Ministerio Público de seleccionar los casos de trascendencia y desechar la bagatela. El auxiliar fiscal no puede atender por igual todos los casos que ingresan en la fiscalía, por lo que debe elegir aquéllos que ameritan una investigación. El Criterio de Oportunidad reglado, pretende transparentar criterios claros y racionales, a manera que la decisión del Ministerio Público de prescindir de la acción sea totalmente controlable. Como lo ha señalado Alberto Binder, "frente a la enorme carga de trabajo que afronta el sistema penal solo pueden plantearse dos tipos de respuesta. O bien una respuesta caótica -que oculta la realidad, el problema y deja, por lo tanto, que el sistema ejerza su propia selectividad sin ninguna orientación de tipo político o bien responder estableciendo líneas de política procesal que permitan orientar la selectividad del sistema conforme a ciertos valores".⁴ El proceso penal debe ser un sistema de transformación o resolución de conflictos.

Supuestos: De acuerdo a la ley adjetiva penal, se podrá adoptar la aplicación del Criterio de Oportunidad en los casos de insignificancia o importancia ínfima del hecho como motivo de aplicación del proceso de oportunidad limitado por dos factores: un marco máximo de sanción penal asignado al delito de que se trate, con un determinado número de años de pena (5 años)⁵ aunque puede ser utilizado en supuestos excepcionales en atención a la afectación del bien jurídico muy leve a marcos penales superiores. También se establecen algunos requisitos propios para la aplicación del criterio de oportunidad, cuando el Ministerio Público considere que el interés público o la seguridad ciudadana no están gravemente afectados o amenazados, previo consentimiento del agraviado, autorización judicial y reparación del daño causado.

Se establece que el Criterio de Oportunidad podrá aplicarse entre otros casos, en los que:

⁴Binder, Alberto. Perspectiva de la Reforma procesal en América Latina. Política Criminal Una formulación desde la praxis. Pág. 56

⁵ Artículo 25, numeral 3, del Código Procesal Penal.

- La responsabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sean mínimas

Esta categoría es la que interesa, por lo que se debe distinguir dos situaciones:

Desde una perspectiva material, los elementos para apreciar esta causal del criterio de oportunidad requieren analizar los distintos elementos que componen la teoría del delito y al mismo tiempo las teorías que justifican la aplicación de la pena. Esto lleva a una revisión exhaustiva de los fines de la pena, en cuanto a la prevención general y especial que justifican la aplicación de la misma al caso concreto.

Claus Roxin en su artículo “Sentido y límites de la pena estatal”,⁶ señala que hoy ya no se pueden invocar razones retributivas para la imposición de la pena. En un Estado democrático de derecho la pena no puede autojustificarse o autolegitimarse apelando a las exigencias de justicia o a cualquier otra causa metafísica. En el Estado democrático de derecho la pena debe explicarse y justificarse a partir de las consecuencias sociales que produce y de los efectos que se perciben en la sociedad. Solo el rendimiento social de una pena puede dar lugar a su aplicación.

Roxin ha demostrado que la pena se justifica por su función de prevención general, y de prevención especial.

Debe hacerse aplicación del principio de oportunidad en todos aquellos casos en donde el desvalor de resultado sea mínimo. Para determinar cuando el desvalor de resultado es mínimo, debe apreciarse el grado de daño efectivamente producido en el bien jurídico penal. Si el daño es mínimo, se puede excluir la tipicidad o en todo caso, se puede entender que no existe justificación para voltear el aparato jurídico penal del Estado en contra del ciudadano guatemalteco, por lo que se debe prescindir de la acción penal.

⁶ Roxin, Claus. Derecho Penal, PG. Tomo I. Madrid 1997, Pág. 163.

Debe hacerse una imputación al tipo subjetivo, para establecer si el sujeto obró con dolo o con culpa. El desvalor del resultado, solo fundamenta parcialmente la antijuricidad, por lo que debe complementarse ésta a través de la imputación subjetiva, que es donde se realiza el juicio de desvalor de la acción. Aquí se verifica cual fue la intencionalidad –o falta de intencionalidad– hacia la infracción de la norma. El desvalor subjetivo de la conducta, necesariamente conduce a una distinta valoración del hecho, en donde la culpa necesariamente tiene que ser sancionada de una forma más leve que la acción dolosa.

Esta graduación del desvalor de la conducta permite ciertamente que el Ministerio Público pueda prescindir de la acción penal, en todos aquellos casos en donde el desvalor subjetivo de la conducta sea mínimo.

Si el grado de imputación subjetiva es mínimo, entonces se puede aplicar el criterio de oportunidad precisamente por el escaso grado de responsabilidad del sujeto, puesto que el resultado solo en una escasa medida puede contemplarse como obra del sujeto –desde el punto de vista jurídico- y en ese sentido no se puede atribuir como algo querido. Así pues el grado de desvalor subjetivo de la conducta permite prescindir de la acción penal pública por su escasa trascendencia.

Cuando la ignorancia del sujeto ha sido un elemento esencial para la realización del injusto penal, ello puede producir una disminución tan grande del grado de la culpabilidad y de la responsabilidad que hace que el hecho no amerite ser llevado a juicio. Es el fiscal quien pondera esta circunstancia y razona los motivos por los cuales considera esa disminución de culpabilidad, que hace aconsejable prescindir de la persecución penal.

En el tipo penal objeto de análisis, se analiza la Instrucción General número 001-2005 del despacho del Fiscal General de la Republica y Jefe del Ministerio Público, de fecha 7 de marzo del 2005. Atendiendo a lo anterior y para poder desjudicializar este tipo penal, no obstante que la pena a imponer por el delito de “Tráfico ilegal de flora y fauna” es pena de prisión de cinco a diez años y multa de diez mil a veinte mil quetzales.

Al buscar una solución favorable al sindicato, se encuentra que la citada instrucción señala en el segundo considerando

... que el Código Procesal Penal vigente ha incorporado en su normativa el principio de oportunidad, como un eje fundamental en la política de persecución del Ministerio Público sujeto a control judicial, con el objeto que los órganos fiscales puedan realizar una selección racional en sus mesas de trabajo de los casos penales y decidir estratégicamente las respuestas a los múltiples conflictos penales que ingresan al sistema penal.⁷

Se hace necesario el desarrollo operativo del principio de oportunidad para una mejor utilización de los distintos supuestos legales existentes en las medidas desjudicializadoras. Es por ello la importancia de que se realice una selección racional en aquellos casos que merezcan una respuesta punitiva tradicional y aquellos en los que procediendo los requisitos legales, se pueda prescindir de la pena, utilizando estratégicamente el criterio de oportunidad. Atendiendo a que el Criterio de Oportunidad se utiliza para favorecer la solución de un conflicto criminalizado entre las partes directamente involucradas mediante la búsqueda de la reparación de los daños causados.

Es así que al fiscal de acuerdo a las directrices dadas por parte del Fiscal General, le corresponde determinar en cada caso concreto, cuándo el interés público o la seguridad ciudadana no estén gravemente afectados, por lo anterior se deberá verificar que el control judicial solo se circunscriba a comprobar la existencia de los supuestos establecidos del numeral 1 al 6 del artículo 25 de la ley adjetiva penal y los demás requisitos establecidos.

Específicamente el presente caso se debe atender de acuerdo al artículo 25, numeral 4, con las siguientes directrices: Para determinar la responsabilidad mínima del sindicato, el fiscal atenderá dos circunstancias:

⁷Instructivo General No.001-2005 del Despacho del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público con fecha 7 de marzo del 2005.

- Culpabilidad mínima: El fiscal podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en aquellos casos en que la responsabilidad del sindicado se encuentre disminuida, ya sea por concurrir un daño insignificante al bien jurídico, o por la concurrencia de elementos incompletos que no eximen totalmente la responsabilidad penal, pero que la disminuyen o atenúen de manera considerable.

En base al principio de responsabilidad disminuida el fiscal podrá promover un criterio de oportunidad cuando se produzca cualquiera de las circunstancias siguientes: error de tipo vencible, causas de justificación incompleta, imputabilidad disminuida considerablemente atendiendo las circunstancias del hecho, error de prohibición vencible y causas de inculpabilidad incompleta, que no sean de entidad significativa.

- Participación mínima; este supuesto permite adecuar las distintas categorías del derecho penal bajo los aspectos de política criminal, tomándose en consideración la importancia de las teorías preventivas de la pena y los postulados garantistas que exigen se castigue a la persona de acuerdo a su culpabilidad.

Partiendo de lo anterior y estableciéndose que en las Verapaces, un pequeño número de comunitarios, desde distancias lejanas llegan a la cabecera departamental, llevando consigo alguna especie protegida sin que tengan conocimiento que trasladar un ejemplar, como loros o cotorras, de distintas especies, implica que están cometiendo un ilícito penal. Sin embargo, la finalidad de los mismos es viajar desde su comunidad para vender las especies y agenciarse de recursos, que aunque exiguos, les permitan llevar el sustento a su familia.

Es por ello que como defensor, en un caso de esta naturaleza donde la defensa técnica estaba a cargo, se acudió a la Dirección Regional Las Verapaces del Consejo Nacional de Áreas Protegidas, ubicada en Cobán

Alta Verapaz, lugar en el cual anteriormente se había realizado la diligencia de inspección técnica sobre cinco loros decomisados. Luego de la inspección, el técnico de vida silvestre determinó el nombre científico de cada una de éstas y el índice del Listado de Especies Amenazadas (LEA), y apéndice de la Convención sobre el Comercio Internacional de Flora y Fauna Silvestre (CITES) en que se encuentran protegidas, siendo especies silvestres, las cuales se describen a continuación:

Cantidad	Nombre común	Nombre científico	Índice de CONAP	Apéndice de CITES
3	Loro cachete amarillo	Amazona autumnalis	3	II
2	Cotorras frente blanca	Amazona albifrons	3	II

Fuente: propia

Después de analizar el caso específico, se planteó la posibilidad de buscar un método alternativo de solución al conflicto. De parte del CONAP se hicieron las consultas correspondientes, y se solicitó cuantificar los daños ocasionados y la forma de resarcirlo, que debía cumplir el sindicato, emitiéndose posteriormente un dictamen legal, en el se estableció la forma de resarcir el daño ecológico ocasionado por el sindicato.

Al hacer el análisis de la solicitud planteada por la defensa, el técnico de vida silvestre consideró que: es útil para la Dirección Regional que el sindicato pueda resarcir los daños ecológicos ocasionados, donando dos jaulas grandes especiales para loros, tomando en consideración el precio que en el mercado tiene cada uno de los loros decomisados siendo un total de cinco.

Por lo que tomando en consideración lo establecido en el artículo 82 de la Ley de Áreas Protegidas que regula el delito de Tráfico Ilegal de Flora y Fauna, y el artículo 25 de la ley adjetiva penal que regula el Criterio de Oportunidad; además de lo establecido en la Instrucción General, ya mencionada, por lo que se establece atendiendo al artículo precitado que existe una mínima participación del sindicado, considerándose que es factible el resarcimiento al daño ecológico ocasionado por tráfico ilegal de cinco loros con la donación de dos jaulas especiales para loros, de las cuales el CONAP de las Verapaces no cuenta con ese equipo para manejo de estas especie, cuando se decomisan o deben trasladarse de un lugar a otro.

Por parte del sindicado se cumplió con el resarcimiento solicitado por el CONAP y se procedió a solicitar al Ministerio Público la factibilidad de la aplicación del criterio de oportunidad, quien indicó que se tomaba en cuenta la mínima participación del sindicado de acuerdo a la instrucción general del Fiscal General identificada con el número 001-2005.

Al cumplir con el resarcimiento y aunado a que la participación del sindicado es mínima, es factible buscar una solución, principalmente observando preceptos constitucionales que garanticen un debido proceso y la simplificación al máximo del procedimiento, por tratarse de guatemaltecos que viven en lugares recónditos del país y que lo que buscan es como ganarse el sustento de cada día en beneficio de su familia.

Como Defensores Públicos se debe estar a la vanguardia para brindarle a los patrocinados una defensa efectiva y eficaz, acorde a cada caso concreto. Especialmente cuando se trata de personas, como en el caso citado, que provienen de distancias lejanas y que por las propias condiciones en su comunidad, son vulnerables al sistema de justicia. Es por esas características especiales, que se debe tomar en consideración si su grado de participación en un ilícito penal es mínima y las condiciones en que se producen. Por ello es importante invocar las conocidas 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, que desarrollan los principios

recogidos en la Carta de Derechos de las Personas ante la justicia en el espacio judicial iberoamericano,⁸ particularmente, las contenidas en el apartado de “Una justicia que protege a los débiles”.

Las 100 Reglas de Brasilia constituyen un instrumento base que conceptualiza el marco referencial de toda persona para ser considerada en condiciones de vulnerabilidad, susceptible en mayor medida de que sus derechos no sean respetados o sean violados. Define el ámbito de protección a sus beneficiarios y los destinatarios actores del sistema de justicia encargados de hacerlas efectivas, así como las bases mínimas para facilitar su acceso.

Sujetos beneficiarios de las Reglas:

Distinguiendo como persona beneficiaria aquella considerada en condición de vulnerabilidad, atendiendo a diversos criterios de selección, entre los que se pueden considerar la edad, género, estado físico o mental o circunstancias económicas, sociales, étnicas o culturales, partiendo de la base de que estas condiciones especiales hacen que sea de particular dificultad acceder a la justicia. Estableciéndose así los destinatarios a las reglas.

Como Defensores Públicos Técnicos Jurídicos se debe contribuir a buscar soluciones alternas a los procesos a cargo, las 100 Reglas de Brasilia, en el Capítulo II, regula el efectivo Acceso a la Justicia para la Defensa de los Derechos. Por lo anterior al considerarse efectivamente el caso analizado, se infiere que pueden aplicarse las referidas Reglas, las cuales pueden ser invocadas en cualquier momento del proceso, pero recordando que principalmente se debe buscar una solución alterna favorable al sindicado, tales como las que a continuación se enuncian sin entrar a especificar en qué consisten cada una de ellas.

⁸Celebrada en Cancún México en noviembre del año 2002, señala en el apartado específico de “Una justicia que defiende los derechos de los más débiles” la obligación y necesidad de proteger y promover los derechos, así como acceso a la justicia de los grupos vulnerables a los que pertenece la víctima, poblaciones indígenas, personas con discapacidades, así como del adolescente.

Sección 2ª. Beneficiarios de las Reglas (3) refiriéndose a quienes se consideran personas en condiciones de vulnerabilidad: Pertenencia a comunidades indígenas. Regla número nueve (9); Regla número quince (15), referente a la pobreza; Regla veintiuno (21) pertenencia a minorías; Sección 5ª. Medios alternativos de resolución de conflictos; Regla número cuarenta y tres (43), formas alternativas y personas en condición de vulnerabilidad; Regla cuarenta y siete (47) Participación de las personas en condición de vulnerabilidad en la Resolución Alternativa de Conflictos; Regla cincuenta y cuatro (54) Tiempo de la Información.

En el caso concreto se puede concluir que efectivamente se pueden aplicar las reglas anotadas anteriormente, toda vez que al analizar las mismas vienen a constituir un instrumento fundamental para todo defensor. Conociendo lo particular que se presenta en las Verapaces y que efectivamente el llevar consigo especies en peligro de extinción conlleva una responsabilidad, pero que la misma puede estar disminuida al valorar cada uno de sus componentes, del por qué el sujeto activo está actuando de esta forma, es viable la aplicación de un método alterno, principalmente el Criterio de Oportunidad.

Con los distintos Instrumentos Internacionales, al alcance, que el Estado de Guatemala ha ratificado, no se debe ser temerosos de ponerlos en práctica; al contrario, al conocerlos permiten utilizarlos como una herramienta para buscar soluciones prácticas y viables, como ocurrió en el presente caso.

BIBLIOGRAFÍA

1. Binder, Alberto. Perspectiva de la Reforma procesal en América Latina. Política Criminal Una formulación desde la praxis.
2. Girón Palles, José Gustavo, Teoría del Delito. Instituto de la Defensa Pública Penal. 1ª. Edición Guatemala 2008
3. Roxin, Claus. Derecho Penal, PG. Tomo I Madrid 1997.

Legislación:

1. Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente de 1985.
2. Código Procesal Penal, decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.
3. Ley de Áreas Protegidas Decreto Número 4-89 del Congreso de la República de Guatemala.
4. Instructivo General No.001-2005 del Despacho del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público con fecha 7 de marzo del 2005.
5. Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

**EL DERECHO CONSUECUDINARIO
FUENTE DEL SISTEMA JURÍDICO
INDÍGENA Y LA COSTUMBRE FUENTE
DE CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN O
EXCULPACIÓN**

**(LEY CONTRA EL FEMICIDIO Y OTRAS
FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER)**



EL DERECHO CONSUECUDINARIO FUENTE DEL SISTEMA JURÍDICO INDÍGENA Y LA COSTUMBRE FUENTE DE CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN O EXCULPACIÓN

(Ley contra el Femicidio y otras formas de
Violencia contra la Mujer)

Lic. Vicente Chivalán Chaicoj
Abogado Defensor en Formación II
Sede Nebaj, Quiché

Contenido

A) Justificación

B) Clases de costumbre:

1. La costumbre como un hecho
 - 1.1. Regulación Legal
2. La costumbre como fuente de derecho
 - 2.1. Regulación Legal

C) Caso práctico

D) Análisis Jurídico de Caso Práctico

1. La víctima es una Mujer
2. No hay evidencia de Proceso Indígena
3. No hay evidencia que el imputado haya estado detenido por tres días sin alimentos
4. En el delito de "Violencia Contra La Mujer" no se acepta la costumbre

A) Justificación:

En el Instituto de la Defensa Pública Penal de la República de Guatemala como abogado defensor con sede en Nebaj, Quiché, Guatemala, se ha participado en Audiencias Penales de Primera Declaración pero una de ellas llama la atención porque se promueve después de que el procesado ya había sido juzgado por la justicia penal indígena, específicamente, en un caso de Violencia Contra la Mujer.

El país pluricultural, plurilingüe y multiétnico se rige por dos sistemas jurídicos: Sistema Jurídico Indígena que se desarrolla a través de autoridades indígenas y Sistema Jurídico Estatal, llamado también, Orden Jurídico Vigente que se desarrolla por medio de jueces y tribunales de justicia.

El primer sistema tiene como fundamento el Derecho Consuetudinario Derogatorio, integrado por normas consideradas de carácter jurídico opuestas al de los textos legales y el segundo sistema se fundamenta en la ley escrita, diferente a la costumbre y al uso local.

El Derecho Consuetudinario como fuente del Sistema Jurídico Indígena no se prueba al igual que la ley escrita en el Sistema Jurídico Estatal.

La costumbre como fuente del Sistema Jurídico Indígena es diferente a la costumbre considerada como un hecho, ésta debe probarse y cuando se invoca en un proceso penal, civil, laboral o administrativo debe probarse, a través del procedimiento de los incidentes, su existencia.

Con estas afirmaciones surge la interrogante respecto a qué “COSTUMBRE” se refiere el artículo 9 del Decreto Número 22-2008 del Congreso de La República de Guatemala o Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer.

Esta interrogante se contestará más adelante, en el transcurso de este ensayo.

B) Clases de costumbre:

1. La costumbre como un hecho:

Al entender la costumbre como un hecho y el uso local, su concepto, se puede encontrar en el diccionario de la Real Academia Española, que en su primer significado expresa: COSTUMBRE: “Hábito, modo habitual de obrar o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto.”¹.

En este significado la costumbre no ha adquirido la categoría de precepto o norma jurídica, es solamente un modo de proceder y por su repetición adquiere la categoría de costumbre como un hecho que debe probarse. En la antigüedad en el mundo,

Como no se conocía la escritura, había que emplear algún otro medio para conservar las costumbres de la comunidad. Se aseguró una cierta estabilidad y continuidad al desarrollo del derecho consuetudinario confiando las reglas reconocidas de conducta a la memoria de un pequeño grupo de hombres, que transmitían su experiencia de generación en generación.²

El término Derecho Consuetudinario, desde el punto de vista conceptual, deviene del derecho escrito y su definición, según Juristische Grundlehre citado por Eduardo García Máynez, comprende tres clases: Derecho Consuetudinario Delegante, Derecho Consuetudinario Delegado y Derecho Consuetudinario Derogatorio, para los efectos de este ensayo se refiere al delegado y al derogatorio: “Se habla de derecho consuetudinario delegado en aquellos casos en que la ley remite a la

¹Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Tomo I, Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid, España 1992, página 589.

²Edgar Bodenheimer, Teoría del derecho, Editorial Fondo de Cultura Económica. México 2,005, Página 108.

costumbre para la solución de determinadas controversias. En tal hipótesis la costumbre háyase subordinada al derecho escrito; (...).³ El Derecho Consuetudinario Delegado se encuentra regulado en el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala que en su parte conducente expresa: “La costumbre regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.”. Este párrafo de la ley cuando expresa por delegación de ley se está refiriendo al Derecho Consuetudinario en su forma delegada, entonces, cuando se quiera hacer uso de ella se requiere como requisito legal que la ley ordinaria lo remita o autorice y siempre que resulte probada.

El requisito de que resulte probada, se entiende que, refiere a un hecho que debe probarse por medio del procedimiento de los incidentes, este procedimiento se inicia por medio de una pretensión jurídica debidamente fundamentada presentada ante un órgano jurisdiccional competente quien de admitirla da audiencia a los otros interesados por el plazo de dos días; como la costumbre se refiere a un hecho, el procedimiento se abre a prueba por el plazo de ocho días, plazo dentro del cual las partes deben ofrecer sus pruebas ya individualizadas al plantear el incidente o al evacuar la audiencia y el Juez, vencido dicho plazo, resolverá dentro de tres días. Este procedimiento es utilizado en la rama del derecho civil, familia, mercantil, administrativo y en lo penal conforme a la primera parte del párrafo segundo del artículo 66 del Código Procesal Penal, pero, para el caso que ocupa en la rama del derecho penal su procedimiento varia pues en la misma priva la inmediatez, es oral, concentrada y debe hacerse valer por medio del procedimiento de los incidentes, procedimiento, regulado en el artículo 150 Bis del Código Procesal Penal.

Procedimiento: 1) Solicitar Audiencia. 2) En la audiencia exponer los argumentos que fundamenten la petición. 3) Proponer e individualizar la prueba relacionada con la cuestión de hecho o costumbre planteada. 4) Juez cita al imputado, al Ministerio Público y demás partes a una audiencia

³ Eduardo García Máynez, Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. México 2008, Página 65

oral en un plazo no mayor de cinco días por ser una cuestión de hecho. 5) Oídas las partes y recibida la prueba, en audiencia, el juez resuelve sin más trámite, en la propia audiencia.

¿En el incidente penal de derecho consuetudinario delegada, qué se debe probar? Para ello se cita al Doctor Mario Aguirre Godoy, que al respecto dice:

Tanto en el caso de la costumbre como en el de los usos, es preciso que se pruebe no sólo su existencia, sino también su contenido y campo de aplicación: vale decir, que no sólo debe quedar de manifiesto la reiteración de un proceder o conducta, sino también la convicción jurídica de la necesidad de esa forma de actuar. ⁴

Y, siempre sobre la costumbre delegada el Diccionario de Derecho Usual, refiere que “La costumbre puede ser general y local. La primera es la observada en todo el territorio de una nación o Estado: la segunda, que se denomina también particular, se refiere sólo a un distrito, o parte de territorio”⁵

1.1. Regulación legal:

El asidero legal de la Costumbre como un Hecho se encuentra en normas jurídicas ordinarias del orden jurídico vigente, así por ejemplo, el Código Procesal Penal al regular la aplicación de un Criterio de Oportunidad refiere que para la reparación del daño ocasionado por parte del imputado pueden aplicarse los usos y las costumbres de las diversas comunidades para la solución de los conflictos (artículo 25 Bis). La disposición contenida

⁴Mario Aguirre Godoy, Recurso de Casación Civil, Editorial Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala 1964, Página 40.

⁵Guillermo Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, Editorial Heliasta S.R.I. Argentina 1976, Página 543.

en la normativa citada implica que el Estado de Guatemala reconoce además de la existencia de la costumbre como un hecho o usos locales de la sociedad no indígena regulado por el sistema jurídico estatal, también, reconoce su existencia en los pueblos indígenas regulados en el sistema jurídico que rige a las comunidades indígenas, para la solución de conflictos. Ya, sea local o general, es decir, que dicha costumbre o uso se de en forma local en una aldea, en un municipio o en un departamento o se dé en forma general en toda la República de Guatemala o bien sea en forma local para uno o varios pueblos indígenas o bien en forma general para todos los pueblos indígenas que coexisten en la República de Guatemala. Se afirma que en esta parte de la ley se refiere a la costumbre como un hecho porque lo relaciona con los usos locales y asimismo reconoce la existencia de la costumbre para la solución de los conflictos que se den en las comunidades indígenas.

El Código de Trabajo al referirse a lagunas de normas jurídicas que en doctrina se denomina lagunas de ley, señala que los casos no previstos por este Código se deben resolver en primer lugar conforme a los principios del derecho de trabajo y en segundo lugar de acuerdo con la equidad, la costumbre o el uso local, en armonía con dichos principios, y por último, de acuerdo con los principios y leyes de derecho común (artículo 15). En esta norma jurídica la costumbre como un hecho se aplica para resolver casos no previstos en la ley laboral y prevalece sobre el derecho común y se afirma que refiere a la costumbre como un hecho por estar relacionada con los usos locales.

2. La costumbre como fuente de derecho:

El Derecho Consuetudinario derogatorio es aquel que se desenvuelve en sentido opuesto al de los textos legales. Eduardo García Máynez al referirse a la costumbre derogatoria cita a Heinrich y lo hace en estos términos: “Heinrich admite la posibilidad de que ésta se forme aun cuando el legislador le niegue expresamente validez, como ocurre, verbigracia, entre nosotros.”⁶

⁶ Eduardo García Máynez, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial PORRÚA, México 2008, Página 65.

En la actualidad hay países de derecho consuetudinario como Inglaterra, otros de derecho escrito y los pueblos indígenas en países legislativos como Guatemala que carecen de leyes escritas que tienen a la costumbre como fuente de su sistema jurídico. “Dentro de los países legislativos, cabe distinguir según admitan, o no, la costumbre como fuente del Derecho positivo.”⁷

Cuando a la fuente del sistema jurídico indígena o conjunto de Costumbres reconocidas por una comunidad indígena con fuerza de Normas Jurídicas se le considere mediata o supletoria del sistema jurídico estatal, como ocurre en Guatemala, se generaliza la costumbre de hecho desconociéndose la existencia del derecho consuetudinario derogatorio. Generalizar la costumbre como un hecho para todo el territorio de Guatemala, incluyendo a los pueblos indígenas, implica el desconocimiento de la existencia de la costumbre reconocida por un pueblo indígena con fuerza de norma jurídica (derecho consuetudinario derogatorio) como fuente del derecho positivo indígena, ese pensamiento y voluntad reflejada en actos humanos de no aceptar el sistema jurídico indígena constituye un error de hecho por falta de su apreciación y error de derecho por no darle el valor legal que le corresponde, errores que contravienen lo dispuesto en la Constitución Política de la República de Guatemala pues ésta obliga al Estado de Guatemala a reconocer, respetar y promover los grupos indígenas de ascendencia maya, sus formas de vida, sus costumbres, tradiciones y entre otros su idioma o lengua, y su identidad cultural de acuerdo a sus valores (artículos 58, 66 de la Constitución).

De estas disposiciones constitucionales surgen los conceptos de multiétnica (varios grupos indígenas), plurilingüe (varios idiomas o lenguas) y pluricultural (varias culturas) y lo esencial que dichas costumbres deben relacionarse con valores existentes en esos pueblos como la justicia, luego, el valor justicia al relacionarlo con la costumbre da origen al nacimiento de la justicia con derecho consuetudinario la que se apoya en un conjunto de normas de la costumbre base del sistema jurídico indígena que rige a los pueblos indígenas, en su función de administrar justicia, en todas las

⁷ Guillermo Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, Editorial Heliasta S.R.L. Argentina 1976, Página 543.

ramas del derecho o cualquier conflicto que surja de sus relaciones sociales, culturales, económicas, políticas, de derechos fundamentales, de desarrollo, de vida humana, creencias, instituciones, bienestar espiritual y sus tierras, de su existencia como pueblos, tradiciones, formas de organización social y respeto entre pueblos, dando vida a una convivencia de tolerancia intercultural entre pueblos indígenas.

Actualmente los órganos jurisdiccionales se encuentran saturados de procesos y no se dan abasto para aplicar justicia pronta y cumplida. La Corte Suprema de Justicia, el Ministerio Público y demás instituciones encargadas de aplicar justicia buscan medidas desjudicializadoras para descongestionar la administración de justicia. Si esto ocurre cuando las autoridades indígenas resuelven conflictos que se dan entre sus propios miembros, qué pasaría si no existieran las autoridades indígenas. Consecuencia lógica que aumentarían más los procesos en la Administración de Justicia, por ello es fundamental fortalecer, reconocer, respetar y promover la función de administrar justicia de parte de las autoridades indígenas de ascendencia maya, sin menospreciar a la autoridad que corresponde a los pueblos Xinca y Garífuna.

2.1. Regulación Legal.

La Constitución expresa que se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores y sus costumbres (artículo 58). El Estado al reconocer el derecho de las personas y de las comunidades está reconociendo, de los miembros de los pueblos indígenas, su derecho humano a ser juzgado por procedimientos establecidos conforme a sus costumbres y valores.

El Convenido 169 expresa: “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.” Esta disposición del Convenido internacional de derechos humanos, contiene el principio procesal general de debida consideración. Para el Diccionario de la

Real Academia Española, “debidamente” significa: “Justamente, cumplidamente.”⁸ y “consideración”, significa: “Aplicarla particular y determinadamente a algún asunto.”⁹ De estas definiciones se establece que el juez al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados debe aplicar justa y determinadamente sus costumbres y derecho consuetudinario para resolver la cuestión planteada cuando tenga relación con el Derecho Indígena, y siempre que, en la resolución indígena se respeten las garantías mínimas establecidas por la constitución.

El párrafo 2. de la norma jurídica de derechos humanos contenido en el Convenio Internacional citado, contiene los principios siguientes: Derecho de conservar sus costumbres y derecho de conservar sus instituciones propias, significa que ninguna ley o disposición gubernativa puede disminuir, restringir o tergiversar los derechos, incluyendo sus resoluciones, que la constitución garantiza a los pueblos indígenas, caso contrario son nulas ipso jure.

El párrafo 3. de la norma jurídica de derechos humanos contenido en el Convenio Internacional citado, contiene para los miembros de los pueblos indígenas el principio de ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país, en ese sentido, los miembros de los pueblos indígenas que coexisten en Guatemala pueden hacer valer los derechos que pudieren corresponderles en cualquier rama del derecho sea ley ordinaria como el Código Penal, Código Procesal Penal (principio procesal de única persecución) o ley especial ordinaria como la Ley Contra el Femicidio y otras formas de Violencia Contra la Mujer.

La Constitución Política de la República de Guatemala, al referirse a la protección de las comunidades indígenas o pueblos indígenas, se expresa en estos términos:“(...). El Estado reconoce, respeta y promueve sus... costumbres, tradiciones,... en hombres y mujeres...” (Artículo

⁸Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Tomo I, Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid, España 1992, Página 664.

⁹Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Tomo I, Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid, España 1992, Página 547.

66). La protección a las costumbres de los pueblos indígenas comprende a la costumbre como un hecho y el derecho consuetudinario o conjunto de normas jurídicas, también; los métodos o procedimientos de aplicación, respeto a sus autoridades y sus resoluciones, su forma de ejecución en todas las ramas del derecho.

Con relación a cuestiones penales, el párrafo 2 del artículo 9 del Convenio Internacional citado, expresa: “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.” En esta normativa jurídica de derechos humanos se estima que refiere a las autoridades indígenas y a los jueces como operadores de justicia. Esta parte de la norma jurídica, también, se refiere a la materia de derecho penal que tiene como fuente de derecho la costumbre y siendo que el derecho penal indígena forma parte del sistema jurídico indígena se concluye que el sistema jurídico indígena tiene como fuente la costumbre considerada como precepto y el conjunto de ellas forma el derecho consuetudinario derogatorio o conjunto de costumbres reconocidas por una comunidad indígena con fuerza de normas jurídicas.

c) Caso PRÁCTICO:

En el Juzgado de Primera Instancia del Ramo Penal de Nebaj El Quiché el treinta de mayo del dos mil doce se celebró audiencia de primera declaración:

1. El Ministerio Público de manera sencilla hizo saber el hecho al imputado: el veintiuno de febrero del año dos mil diez, a eso de la una de mañana usted, llegó a la casa ubicada en el sector El Mirador de la aldea Santa Avelina del municipio de Cotzal departamento de El Quiché, portando un machete en la mano y entró y le dijo a su suegra María, hoy si te voy a matar, porque como se metía en sus asuntos con su mujer, que no le consta lo que le pasaba y le dio de bofetadas en la cara y en la boca con lo cual le quitó una pieza dental, luego le dio patadas en la espalda, mientras le decía que tenía que pagar por su boca, porque se metía a defender a su hija cuando usted le pegaba, luego jaló a su esposa Jacinta amenazándola

que la iba a matar, si no se iba con usted y se la llevó. Esta acción provisionalmente se tipifica como violencia contra la mujer.

2. El imputado a sabiendas que puede abstenerse a declarar, declaró, y previa amonestación dijo: me citaron yo vengo porque ustedes son autoridades, entonces, cuando paso allá en Santa Avelina me castigaron en ese momento, me metieron tres días en la Cárcel de Santa Avelina, sin comer, luego me cobraron quinientos quetzales, mi suegra, no tengo dinero, el señor Vásquez me dio el dinero y se lo dio a su suegra en ese momento. A preguntas de la Defensa respondió: me castigó la autoridad de Santa Avelina y me metieron al bote. El dinero se lo dí a las autoridades y luego a la suegra, luego le pagué para su diente.

3 La Defensa argumentó, lo siguiente. Producto del hecho imputado las autoridades indígenas con fecha veintitrés de febrero del año dos mil diez conocieron el asunto y en donde se resolvió el problema y recibió el imputado tres días de cárcel sin comer y se le condenó al pago de quinientos quetzales para reparación de un diente y para medicina, sentencia que se justifica con la constancia de resolución indígena que obra en autos. En el proceso penal consta el conocimiento número 30-2010 de fecha Santa Avelina veintiséis de febrero del año dos mil diez donde el imputado fue presentado ante la policía municipal de tránsito y luego ante el juez de paz. El veintitrés de febrero del año dos mil diez se negoció el caso y luego tres días después se presenta otra denuncia ante autoridad jurisdiccional competente (26/02/2010), por lo tanto, al imputado se le esta procesando dos veces por un mismo hecho violándose el principio de única instancia regulado en el artículo 17 del Código Procesal Penal, La defensa estima que para el presenta caso debe respetarse el artículo 9 del Convenio 169, Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Debe respetarse el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el artículo 16 del Código Procesal Penal, de respeto a los derecho humanos, porque el hecho ya fue conocido y sancionado por autoridad indígena competente. La defensa con fundamento en las normas citadas solicita la falta de mérito a favor del imputado por haberse ya conocido el caso ante autoridad indígena.

4. El señor juez suspende la audiencia por unos minutos para analizar las actuaciones y poder dictar resolución. Al resolver declara sin lugar la falta de mérito pedida por la defensa y decreta medida sustitutiva a favor del imputado. Entre otros fundamentos de su resolución, cita las siguientes: a- La víctima es una mujer. b- No hay evidencia de proceso indígena. c- No hay evidencia que el imputado haya estado detenido por tres días sin alimentos. d- En el delito de “Violencia Contra la Mujer” no se acepta la costumbre.

D) Análisis jurídico del caso práctico:

1. La víctima es una mujer. En opinión personal este argumento no es valedero para el sistema jurídico, desde el punto de vista de género ni constituye causa legal para no apreciar la resolución dictada por autoridad indígena. El desconocimiento de la resolución indígena, produjo como agravio la no aplicación del principio penal de única persecución, consecuentemente, motivó para rechazar la falta de mérito pedida en favor del imputado.

2. No hay evidencia de proceso indígena. Este argumento judicial denota desconocimiento de las características del derecho indígena guatemalteco, uno de sus elementos es la de ser eminentemente oral, por tanto, pretender que se presente ante el órgano jurisdiccional un expediente de proceso indígena, no es posible, porque el juicio indígena es oral y su existencia se acredita mediante constancia que obraba en autos.

3. No hay evidencia que el imputado haya estado detenido por tres días sin alimentos. Este argumento judicial al igual que el anterior denota desconocimiento del proceso indígena guatemalteco, una de sus características es la de ser un derecho no escrito: “(...), por no constar –por lo general- en textos o códigos.”¹⁰ Las autoridades que ejercen el derecho indígena no escrito, desarrollan su función en forma oral, por lo que, cualquier acto procesal se hace constar en acta suscinta o constancia,

¹⁰Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L. Argentina 1981, Página 237.

en el presente caso cuando el imputado trató de obtener dicha constancia se vio en el problema de que las autoridades que conocieron el proceso dejaron de ser autoridades en la comunidad y las nuevas les era imposible dar constancia por no conocer del proceso.

4. En el delito de “Violencia contra la mujer” no se acepta la costumbre. Para analizar esta parte de la resolución, comentada, es menester citar el contenido del artículo 9 de la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, Decreto Número 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala, que literalmente expresa:

Prohibición de causales de Justificación. En los delitos tipificados contra la mujer no podrán invocarse costumbres o tradiciones culturales o religiosas como causal de justificación o de exculpación para perpetrar, infligir, consentir, promover, instigar o tolerar la violencia contra la mujer. Con la sola denuncia del hecho de violencia en el ámbito privado, el órgano jurisdiccional que la conozca deberá dictar las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 7 de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, pudiéndose aplicar a la mujer que sea víctima de los delitos establecidos en la presente ley, aún cuando el agresor no sea su pariente.

Las causas de justificación o exculpación penal, desde un punto de vista, es la materia sobre la cual versa, el contenido del artículo 9 comentado y para comentar dicha materia se cita dos conceptos de dicha institución; uno de Cabanellas que expresa: “En el Derecho Penal, cada una de las circunstancias eximentes en que el sujeto no incurre sino en la apariencia de delito; pues no existe infracción del ordenamiento jurídico general o de las normas de cultura predominantes, que otros penalistas erigen como criterio sancionador.”¹¹

¹¹Guillermo Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, Editorial Heliasta S.R.I. Argentina 1976, Página 364

Y, otra del abogado Manuel Ossorio, expresa:

Se consideran así en materia penal, aquellas que, refiriéndose a hechos generalmente antijurídicos (ilícitos), pierden ese carácter en casos particulares. Corrientemente los autores consideran como causa de justificación: el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo y la legítima defensa propia o de sus derechos, o de la persona o derechos de otros.¹²

La ley penal especial que contiene la normativa jurídica comentada refiere a la costumbre como una causal de justificación, según entender, esta normativa en forma indirecta y desde el punto de vista positivo está ampliando las causales de justificación reguladas en el capítulo II del Título III del libro primero del Código Penal Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala (Legítima Defensa, Estado de necesidad, Legítimo ejercicio de un derecho) adicionando la causal de justificación denominada “Costumbres o tradiciones culturales o religiosas”.

En el caso práctico comentado, la defensa, está haciendo valer una resolución que proviene del derecho consuetudinario indígena guatemalteco o resolución indígena que se fundamenta en un conjunto de normas de costumbres reconocidas por una comunidad como normas jurídicas o “Derecho Consuetudinario. El que surge y persiste por obra de la costumbre (v.) con trascendencia jurídica.”¹³ y no una costumbre como causal de justificación penal.

De lo expuesto se considera que el juzgador al mencionar la costumbre en la audiencia de primera declaración comentada se está refiriendo a la costumbre como causal de justificación que refiere el artículo

¹² Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L. Argentina 1981, Página 118.

¹³ Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L. Argentina 1981, Página 232

9 del ley citada, por ende no se está refiriendo al derecho consuetudinario indígena guatemalteco y por aparte siendo que la causal de justificación no se encuentra regulada en forma taxativa en el Código Penal la misma debe probarse, consecuentemente, constituyendo una costumbre como un hecho.

En base a lo expuesto, la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, Decreto Número 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala no excluye las resoluciones dictadas por la autoridad indígena en su función de justicia con el derecho fundamentado en normas de cultura predominantes, como la costumbre (aquella considerada norma jurídica) que rige a los pueblos indígenas existentes y reconocidos en el país.

BIBLIOGRAFÍA

DICCIONARIOS:

1. Guillermo Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, Editorial Heliasta S.R.I. Argentina 1976.
2. Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L. Argentina 1981.
3. Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Tomo I, Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid, España 1992.

OBRAS:

1. Edgar Bodenheimer, Teoría del derecho, Editorial Fondo de Cultura Económica. México 2,005.
2. Eduardo García Máynez, Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. México 2008.
3. Mario Aguirre Godoy, Recurso de Casación Civil, Editorial Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala 1964.

LEY CONSTITUCIONAL:

Constitución Política de la República de Guatemala.

CONVENIOS:

Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales (Convenio 169)

LEYES ORDINARIAS:

1. Código Penal.
2. Código Procesal Penal.
3. Ley del Organismo Judicial
4. Código de Trabajo.

LEYES ORDINARIAS ESPECIALES:

Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencias contra la Mujer.



**LOS DERECHOS
HUMANOS**

EMERGENTES

LOS DERECHOS HUMANOS EMERGENTES

M.A. Otto Haroldo Ramírez
Defensor Interamericano

Introducción

Hace un tiempo específicamente en el mes de agosto de 2011, en San José, Costa Rica, debido al trabajo que se ha estado desarrollando como defensor interamericano, se tuvo la oportunidad de dialogar con el distinguido magistrado de la sala de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Doctor Gilbert Armijo, y de una manera muy ilustrativa, con un singular y magistral dominio del tema, hablaba sobre los derechos emergentes, momento en el cual despertó el interés sobre ese tema, que por cierto está tomando auge en los distintos foros mundiales sobre derechos humanos. El tema de los derechos emergentes se centra más en esos derechos que han sido o bien olvidados o bien no “descubiertos” ya sea por cuestiones sociopolíticas, por tabú, por aspectos culturales, etc. pero que indudablemente son inherentes a la persona, como persona individual o como una colectividad.

Pero lo importante, es dejar ese granito de arena para poder multiplicarlo y con ello revisar, discutir, investigar y así, aplicar los derechos emergentes que también en múltiples ocasiones por criterios formalistas de quienes aplican la ley en el poder judicial o en la administración pública, se olvidan o desconocen de otros derechos no escritos pero que le son inherentes también al ser humano y que obligatoriamente deben ser reconocidos y aplicados por disposición del artículo 46 constitucional.

Referencia histórica

En relación con el derecho positivo que, desde 1948, recoge los derechos humanos, se está de acuerdo en varias cosas:¹

- 1) Que tienen un corte más individual que social;
- 2) Que, en la realidad globalmente considerada, no se cumplen ni se garantizan suficientemente;
- 3) Que, con el paso del tiempo, necesitan de una reformulación;
- 4) Que las prioridades del conjunto de los derechos humanos deben establecerse desde la situación del mayor número de población, y desde los seres humanos más desprotegidos.

Se añade a esto que, fruto de nuevas sensibilidades respecto al Medio Ambiente, respecto a la Igualdad de trato entre la mujer y el hombre, el futuro del Planeta Tierra, y la participación ciudadana activa en ámbitos culturales, sociales, políticos y económicos, se habla también de Derechos Emergentes, al menos desde el principio del siglo XXI.

Por todo ello, parece interesante que universitarios y universitarias (actualmente al 50% o más en las clases), debatan e investiguen sobre los derechos humanos (también sobre los deberes -como recordaría cicerón) y sobre los derechos emergentes, que exigen un alto grado de responsabilidad colectiva.

Luego ya en el año 2004 en la ciudad de Barcelona, España, ciudadanos de distintas partes del mundo convocados por el Forum Universal de las Culturas, discuten el proyecto de la Declaración Universal de los Derechos Emergentes, y es aquí donde ya de alguna manera la humanidad se da cuenta que hay muchos más derechos que se ignoraba que se tenían y que por alguna u otra razón no habían sido reconocidos y/o aplicados.

¹Tomado del tema seminario de Derechos Emergentes de Basilio Moreno Peralta.

Como se dijo anteriormente la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes (DUDHE) surge de un proceso de diálogo de diversos componentes de la sociedad civil, organizado por el Instituto de Derechos Humanos de Cataluña en el marco del Foro Universal de las Culturas, Barcelona 2004, titulado Derechos Humanos, Necesidades Emergentes y Nuevos Compromisos, pero es ya el 2 de noviembre de 2007, en el marco del Forum de Monterrey en México, es aprobada la DUDHE.

Los derechos emergentes tienen su verdadera fuerza en la participación social, la globalización de los derechos humanos y la evolución de los principios y valores de la sociedad y por ello a criterio personal vienen a ser un complemento de los principios, valores y derechos ya reconocidos por otros instrumentos internacionales, y por lo mismo no vienen a restar ninguna fuerza de aplicación de los derechos tradicionalmente reconocidos, pero si vienen a enseñar que se estaba tan lejos de suponer la necesidad de vivir en mejores condiciones como seres humanos y eso significa el reconocimiento de muchos otros derechos.

Derechos Emergentes

a. Concepto y definición

Cuando se refiere al concepto derecho siempre serán normas jurídicas, escritas o no, que contienen derechos y obligaciones para las personas a quienes van dirigidas, pero cuando se refiere a lo emergente, luego se imagina a algo que emerge, o bien que nace, sale y tiene principio² de otra cosa. Los teóricos de la Declaración, entre otros Gloria Ramírez, recuerda que son un conjunto de derechos que por un lado emergen después de haber sido “sumergidos” por el olvido, la indiferencia y el menosprecio por parte de los Estados y el conjunto del sistema internacional; y por otro lado, son todos aquellos derechos que surgen ante la rápida y constante evolución de las sociedades globalizadas.³ El concepto emergente

²Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 22ª. Edición.

³Los Derechos Emergentes en la Justicia Constitucional. Armijo, Gilberth. Costa Rica..

surge de la siguiente doble concepción. Tal y como apunta Gloria Ramírez, la etimología del verbo emerger proviene del latín emergere que significa salir a la superficie del agua o de algún otro líquido en sentido figurado. Por lo tanto, emergente en tanto que adjetivo significa que sale a la superficie, que nace, que se materializa. Si se aplica este término al concepto de derechos humanos, según Ramírez, se llega a identificar aquellos principios y prerrogativas que hoy aparecen como reivindicaciones de la sociedad civil globalizada y devienen exigencias éticas ante los estados y la comunidad internacional.⁴

Pero el tema va mucho más allá de una simple definición, pues significa la plena observancia de los derechos de los cuales la persona tiene derecho solo por el hecho de serlo, pues también tienen el carácter de olvidados o no tratados por los Estados. El problema conceptual es que en las legislaciones se basan en un concepto positivo del derecho humano, como tal si el derecho no está regulado en la ley no se aplica, por dos cuestiones prácticas, en la práctica judicial y administrativa guatemalteca.

La primera porque si no lo regula la ley de forma expresa entonces lo que el afectado reclame como agravio no tiene ninguna razón de su invocación y el funcionario administrativo o judicial simplemente indica que no puede aplicar un derecho que no es reconocido so pena de que el mismo funcionario sea enjuiciado o denunciado por aplicar derechos “inexistentes” y la segunda razón, es por el desconocimiento simple y llano que muchos depositarios de la ley y la función pública que tienen de sus obligaciones y con ello va aunada la palmada que le dan a las decisiones arbitrarias los funcionarios superiores.

⁴Ramírez, Gloria; 2004 “De la Declaración Universal de Derechos Humanos del siglo XX a la Carta de Derechos Humanos Emergentes del siglo XXI”. http://www.idhc.org/esp/12411_c_cientifico.asp

b. Valores, Principios y clasificación de los Derechos Emergentes⁵

Valores

Según el DRAE,⁶ Un valor es la Cualidad que poseen algunas realidades, consideradas bienes, por lo cual son estimables. Los valores tienen polaridad en cuanto son positivos o negativos, y jerarquía en cuanto son superiores o inferiores. En cuanto a los valores positivos de los derechos humanos partiendo por ejemplo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, han sido considerados como valores la paz, la libertad, la igualdad y la fraternidad pero estos ya no son únicamente los valores básicos por tradición. En la Declaración de Derechos Humanos Emergentes DUDHE se encuentran nuevos valores, como los siguientes:

- Dignidad
- Vida
- Igualdad
- Convivencia
- Paz
- Libertad
- Conocimiento

Principios. Un principio dice el DRAE⁷ es la base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia, en la CDHE, se relacionan los principios transversales siguientes:

- ü El principio de la seguridad humana
- ü El principio de la no-discriminación
- ü De la inclusión social
- ü De la coherencia
- ü De la horizontalidad
- ü De la interdependencia y la multiculturalidad

⁵ Tomado del proyecto de la Declaración de Derechos Emergentes.

⁶ Ídem.

⁷ Ídem.

- ü De la participación política, de género, de la exigibilidad
- ü De responsabilidad solidaria

Derechos Emergentes. Estos son los derechos emergentes aprobados en el año 2007 en el Foro de Monterrey, México, a continuación se enumeran los siguientes:

- ü Derecho a la democracia igualitaria
- ü Derecho a la democracia plural
- ü Derecho a la democracia paritaria
- ü Derecho a la democracia participativa
- ü Derecho a la democracia solidaria
- ü Derecho a la democracia garantista
- ü El derecho al agua y al saneamiento
- ü El derecho humano al medio ambiente
- ü Los derechos relativos a la orientación sexual y a la identidad de género
- ü Los derechos relacionados con la bioética
- ü El derecho a la renta básica

Los Derechos Emergentes en la Justicia Internacional y en el Derecho Comparado.

Para citar en la Corte IDH, un caso concreto es el de Atala Riffo vs. Chile,⁸ en donde a ella se le privó en su país el derecho a la custodia (tución, según la legislación chilena) de sus hijas, por el hecho de tener preferencia sexual hacia otra mujer, el caso es que se está tratando en la justicia internacional americana, con el propósito de garantizar los derechos de una persona que no sea discriminada por sus preferencias sexuales.

En Costa Rica, el Dr. Armijo, comentaba varios casos que ha conocido como presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, pero comenta uno que parece muy interesante para la comprensión de los

⁸ Al cual el suscrito acudió como parte del Estudio Profundizado en Estándares Internacionales Sobre Derechos Humanos, de la Universidad de Chile. En el 92 período de sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Bogotá, Colombia.

Derechos emergentes, y es el de una persona que fue llevada con una enfermedad terminal al hospital por el hijo de ésta, sin embargo en el hospital le dieron de alta pues argumentaron que ya no tenía cura, por lo que le dijeron al hijo que debía llevársela a su casa, éste presentó una solicitud para que se le protegiera en sus derechos constitucionales y sobre todo derechos emergentes, al tribunal constitucional de ese país, quien resolvió conforme la petición hecha, que en efecto así como la señora tenía el derecho a una vida digna, también tiene el derecho a morir en condiciones dignas y como en su residencia no se daban las condiciones de cuidado para un enfermo de esas características, se ordenó que el hospital la cuidara hasta que falleciera, para que lo hiciera en condiciones dignas.

Interesante en verdad, ese ejemplo y muchos otros que se pueden encontrar en la justicia internacional y en la comparada, que se debe tomar en cuenta e incluso en estos momento que ya ha sido aprobada la Declaración Universal sobre Derechos Emergentes, se debe invocarla en los distintos juicios que se tengan, como defensores, pues son herramientas que los encargados de aplicar la ley deben conocer, aplicar y obedecer.

En Guatemala, a criterio personal en el artículo 44 de la Constitución, estaba ya abierta la puerta desde hace mucho tiempo la aplicación de los derechos emergentes, cuando indica que le serán aplicables a las personas otros derechos que aunque no estén literalmente establecidos en ella, son inherentes a la persona humana.

Se tiene por ejemplo la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, como una herramienta a la violencia de género, como un derecho emergente pero falta el reconocimiento al derecho de las preferencias sexuales, por ejemplo que también es un derecho emergente, entre otros muchos derechos que deben ser reconocidos.

CONCLUSIÓN

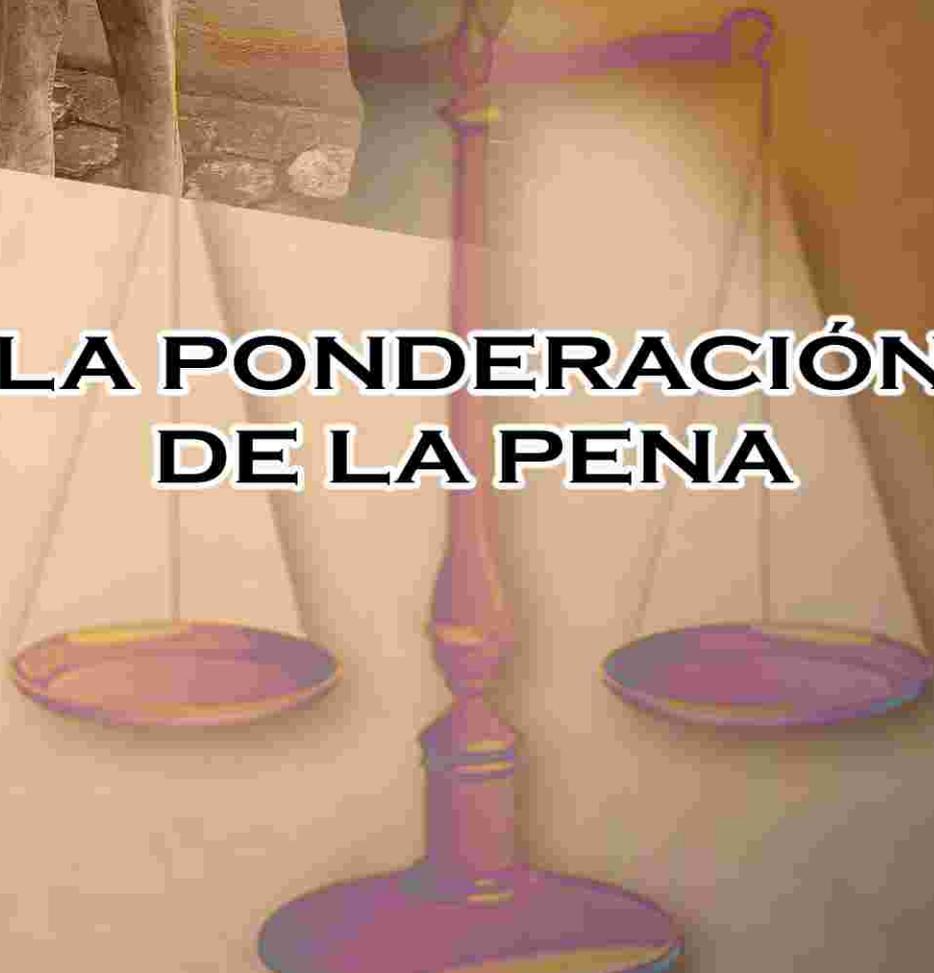
Existen los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos que ya se conocen y que se han invocado en diversidad de casos, pero en la actualidad han sido reconocidos en el ámbito internacional y por ende deben ser respetados en Guatemala, otros derechos denominados emergentes, que deben ser invocados por quienes están inmersos en la protección de los derechos de los defendidos.

BIBLIOGRAFÍA

1. Armijo, Gilbert. Los Derechos Emergentes en la Justicia Constitucional. Costa Rica. 2010.
2. Constitución Política de la República de Guatemala.
3. Convención Americana de Derechos Humanos. CIDH.
4. Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes. DUDHE.
5. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. DRAE. 22ava. Edición. Madrid España. Dos Volúmenes.
6. Estudio Profundizado, sobre Estándares Internacionales en Derechos Humanos. Universidad de Chile-Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2011.
7. Ley Contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer.
8. Moreno Peralta, Basilio. Anotaciones Sobre Seminario de Derechos Emergentes.
9. Ramírez, Gloria; 2004 “De la Declaración Universal de Derechos Humanos del siglo XX a la Carta de Derechos Humanos Emergentes del siglo XXI”.
http://www.idhc.org/esp/12411_c_cientifico.asp



LA PONDERACIÓN DE LA PENA



LA PONDERACIÓN DE LA PENA

M.A. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes

Sumario

1. La cesura del juicio en el proceso penal guatemalteco
2. Delitos graves
3. La culpabilidad
4. La pena
5. Teoría de la Pena
6. La ponderación de la pena
7. Importancia de la audiencia para discutir la pena a imponer
8. Modelos del derecho penal
 - 8.1. Derecho penal de garantías y derecho penal autoritario

1. La cesura del juicio en el proceso penal guatemalteco

En la preparación del debate, el Código Procesal Penal regula en el artículo 353, la división del debate único, de la siguiente forma:

Por la gravedad del delito, a solicitud del Ministerio Público o del defensor, el tribunal dividirá el debate único, tratando primero la cuestión acerca de la culpabilidad del acusado y, posteriormente, lo relativo a la determinación de la pena o medida de seguridad y corrección que corresponda. El anuncio de la división se hará a más tardar en la apertura del debate. En este caso, al culminar la primera parte del

debate, el tribunal resolverá la cuestión de culpabilidad, y si la decisión habilita la imposición de una pena o medida de seguridad y corrección, fijará día y hora para la persecución del debate sobre esta cuestión.

Para la decisión de la primera parte del debate, se emitirá la sentencia correspondiente, que se implementará con una resolución interlocutoria sobre la imposición de la pena en su cargo. El debate sobre la pena comenzará el día hábil siguiente con la recepción de la prueba que se hubiere ofrecido para individualizarla, prosiguiendo de allí en adelante, según las normas comunes. El plazo para recurrir la sentencia condenatoria comenzará a partir del momento en que fije la pena.

A la división del debate se le denomina en doctrina cesura del juicio, pudiendo en los delitos graves, discutir en una primera audiencia la responsabilidad penal del acusado, y en una segunda, la pena a imponer por parte del tribunal de sentencia. Esta discusión permite a las partes que la pena sea justa y proporcional al daño causado al bien jurídico penalmente protegido, pero además, garantiza el principio de culpabilidad como fundamento de la pena y su ponderación. Esta forma de dividir el juicio tiene dos efectos positivos:

1º Facilita la implantación de un derecho penal de acto y no de autor.

2º Favorece el derecho de defensa del imputado. El código limita la aplicación de la cesura del debate a los delitos de mayor gravedad.

La división la decide el tribunal a petición de la defensa o del Ministerio Público. El anuncio de la división ha de hacerse antes de la apertura del debate. “Teniendo la cesura mayor garantía al proceso, es recomendable que el Ministerio Público la solicite en casos más complejos y que no se ponga cuando la defensa lo requiera”. (Manual de Fiscal, 2000:282).

En el proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal, es obligatoria la cesura del debate.

Debate sobre la idoneidad de la sanción. Una vez concluida la primera etapa del debate y declarada la existencia del hecho que viola la ley penal y el grado de participación en el mismo del adolescente, se procederá a la discusión de la idoneidad de la sanción. El juez deberá determinar el grado de exigibilidad y justificar la sanción impuesta.

En este mismo acto, el juez deberá establecer la finalidad de la sanción, el tiempo de duración y las condiciones en que debe ser cumplida; para el efecto, se asistirá de un psicólogo y un pedagogo. (Artículo 220 Ley de Protección Integral de la niñez y de adolescencia).

2. Delitos graves

El artículo 353 del Código Procesal Penal de Guatemala se refiere a la división del debate en delitos graves. Como parámetro para obtener una clasificación expresa sobre delitos graves y no graves, se podría tomar las reformas contenidas en el Decreto 7-2011 del Congreso de la República, específicamente al artículo 465 Ter, del Código Procesal Penal, que establece como delitos menos graves aquellos que tiene una pena máxima de cinco años de prisión, es de comprenderse entonces que son delitos graves los que tengan una pena mayor a cinco años, siendo la interpretación que se sugiere.

Sin embargo, el mejor criterio para establecer la gravedad de un delito es en atención al bien jurídico lesionado. Para el presente artículo y a manera de ilustración se hace referencia al delito de homicidio por considerar a la vida humana un bien jurídico con rango constitucional y penalmente tutelado; penalizado con una sanción de prisión de 15 a 40 años, y además, porque no tiene prohibición de solicitar la rebaja de la pena durante su cumplimiento. “Comete homicidio quien diere muerte a alguna

persona. Al homicida se le impondrá prisión de 15 a 40 años" (Artículo 123 Código Penal de Guatemala). Por razones didácticas y para diferenciarlo de otros tipos penales de homicidio, a este tipo de homicidio se le denominará homicidio doloso, así lo preceptúa el Código Procesal Penal. (Art. 264 CPP)

3. La culpabilidad

Después del juicio, el tribunal de sentencia delibera sobre la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado. Es por ello que

La responsabilidad designa, tras la antijuricidad, en el marco de la estructura del delito. Mientras que con el predicado de la antijuricidad se enjuicia el hecho desde la perspectiva de que el mismo infringe el orden del deber ser jurídico penal y que está prohibido y socialmente dañino. La responsabilidad significa una valoración desde el punto de vista de hacer responsable penalmente al sujeto. (Roxin, 1998:791).

La culpabilidad puede definirse como un juicio de reproche, que se realiza al sujeto que se juzga, siempre y cuando tenga capacidad para motivarse o determinarse de acuerdo con la comprensión de sus acciones u omisiones, que además tenga conocimiento de la antijuricidad de la conducta realizada, y que al sujeto le era exigible obrar de otro modo, y no como lo hizo. Cumpliendo estas circunstancias. se puede imponer una pena a la persona acusada. La responsabilidad penal es el predicado de la culpabilidad y necesidad preventiva de la sanción penal y obedece a la necesidad preventiva de la sanción penal. Si el sujeto no fuera capaz, o no conociera la antijuricidad de sus actos, o le era exigible obrar de otra forma, no se podría imponer una pena, sino una medida de seguridad si es adulto, o una medida socio educativa si fuese adolescente en conflicto con la ley penal.

El reproche que se le hace a la persona es un puente entre el injusto y la pena.

Ese puente es un reproche que se le formula a la persona (1, DU: un ente auto determinable dotado de conciencia moral, capaz de distinguir entre el bien y el mal). Se le reprocha lo que ha hecho (un injusto) y no lo que es (su personalidad, su carácter), porque conforme a la antropología jurídica (concepto jurídico de persona) el Estado solo puede reprochar lo que se hace. El derecho penal del estado de derecho es de acto y no de auto". (Zaffaroni, 2009:208)

4. La pena

La pena es la primera y principal consecuencia jurídica del delito y del principio de legalidad, de ahí su importancia.

La restricción de bienes jurídicos que la pena impone, debe ser emanada por los órganos jurisdiccionales competentes y se aclara que la jurisdicción es una faceta exclusiva del Estado.

Naturalmente que la pena tiene sus fines, y está limitación o privación de derechos fundamentales no puede ser una aflicción gratuita, sino que está orientada a fines.

"Consiste la pena en la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley; por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal". (Landrove, 1996:17). La pena como consecuencia del delito es una restricción de bienes jurídicos o derechos tales como la libertad de locomoción (prisión), el patrimonio (multa), o el derecho de ejercer determinada profesión y oficio, conducir automóvil, etc. Se impone por los tribunales competentes en materia penal tales como el tribunal de sentencia en el caso del procedimiento común, o por los Jueces de Primera Instancia en el procedimiento abreviado, por los Jueces de Paz en los delitos penados con multa y en las faltas.

Toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

En particular, y tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad.

Se les protegerá contra todo tipo de amenazas y actos de tortura, ejecución, desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, violencia sexual, castigos corporales, castigos colectivos, intervención forzada o tratamiento coercitivo, métodos que tengan como finalidad anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la persona.

No se podrá invocar circunstancias, tales como, estados de guerra, estados de excepción, situaciones de emergencia, inestabilidad política interna, u otra emergencia nacional o internacional, para evadir el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de trato humano a todas las personas privadas de libertad.

El control de legalidad de los actos de la administración pública que afecten o pudieren afectar derechos, garantías o beneficios reconocidos en favor de las personas privadas de libertad, así como el control judicial de las condiciones de privación de libertad y la supervisión de la ejecución o cumplimiento de las penas, deberá ser periódico y estar a cargo de jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales.

5. Teorías de la Pena

Las teorías que estudian la pena se pueden agrupar en teorías absolutas, teorías relativas y teorías de la unión, mixtas o unificadoras.

5.1. Teorías absolutas

Las teorías absolutas son la que definen a la pena como una retribución o castigo que se impone al delincuente por el daño causado al bien jurídico.

Las teorías absolutas parten de que la pena es un mal, pero no un mal sin fundamento, sino un mal que se le impone al condenado por incumplimiento del derecho. Toda pena es entonces, en esencia retribución.

5.2. Teorías relativas

Más que una definición, las teorías relativas en la pena son una finalidad en la persona del delincuente como para la sociedad. De estas teorías surge la prevención especial que tiene por objeto la rehabilitación del delincuente y al mismo tiempo su separación o inocuización de la sociedad para protegerla mientras se cumple la condena de rehabilitación de la persona que ha cometido un delito. La prevención general que es una amenaza o conminación a la sociedad en general para que no realice conductas prohibidas por la ley.

5.3 Teorías de la unión, mixtas o unificadoras

Y las teorías de la unión la pena son un castigo o retribución con una finalidad resocializadora para el individuo que cometió un delito, y una motivación a la sociedad para que no realice conductas descritas como delitos.

Guatemala sigue ambas corrientes, por una parte las teorías relativas con la prevención especial regulada en el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala que preceptúa; “El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos con las siguientes normas mínimas”. Desarrolla esta idea la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 5.6 “Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. Sin

embargo aplica la teoría absoluta porque en determinados tipos penales no procede la rehabilitación y además se encuentra vigente la pena de muerte a determinados delitos, tales como para el asesinato (Art. 132 CP) ejecución extrajudicial (Art.132 Bis CP) plagio o secuestro (Art.201 CP) en donde en su párrafo final se establece que “A quienes no se les aplique la pena de muerte no podrá concedérseles la rebaja de penas por ninguna causa.”

Características de la pena

Dentro del modelo penal democrático, existe una clasificación de la pena que según tratadistas (Borja Mapelli, 1996: 47) se encuentran las siguientes:

- **Personal**
La pena es personal por imponerlo así el principio de culpabilidad, es decir se impone al autor responsable, es decir es intransferible a otras personas, como a los parientes.

- **Necesaria y suficiente**
Si solo la prevención es función racional de la pena, carecen de justificación tanto las innecesarias como las suficientes.

La pena más cruel no es la más grave, sino la más inútil, entonces requisito número uno de la justificación de la pena será pues su necesidad. La pena nunca es necesaria respecto al hecho pasado y tampoco lo es frente a quien no es peligroso, pero puede ser necesaria para crear inhibiciones de los demás.

- **Pronta e Ineludible**
Es conveniente aclarar que la pena sea pronta e ineludible, como una consecuencia de su finalidad de la prevención general.

- **Proporcionada**
La pena ha de ser también proporcionada al delito. Este principio encuentra tradicional explicación dentro del marco del sistema retributivo. Al respecto no es igual castigar a alguien que hurtó un celular como a alguien que entró a una casa a robar el salario del padre de familia que era la única fuente de ingresos. Por lo que la pena debe ser proporcionada. No es igual castigar un delito imprudente que un delito doloso, por eso es necesario que la pena sea aplicada en forma proporcionada.

- **Individualizada**
La rígida proporcionalidad viene corregida por la individualización. La ley penal como cualquier ley, responde a principios de generalidad e igualdad. El legislador crea tipos penales, no puede tener a la vista personalidades concretas. Pero como la pena no se impone a hechos, sino a personas, y no a personas en abstracto, sino a persona en concreto, se exige su individualidad.

6. La Ponderación de la pena

Como la responsabilidad penal es graduable, por el principio de culpabilidad se juzga a la persona por sus hechos, actos, acciones u omisiones, y se le impone la pena atendiendo al principio de culpabilidad como fundamento de la pena, y como fundamento en la ponderación de la pena.

Con base al principio de culpabilidad como fundamento en la ponderación de la pena. “Ya no se trata de fundamentar el sí, sino determinar el cómo de la pena, la magnitud exacta que en el caso concreto debe tener una pena cuya imposición ha sido fundamentada. “ (Muñoz, 1996:96). Aquí se deberá tomar en cuenta el daño producido al bien jurídico penal protegido

por la norma violada, los fines preventivos de la pena. Los criterios para su imposición los regula la ley. En el caso de Guatemala se regulan en los artículos 65 y 66 del Código Penal. Fijación de la Pena Artículo 65

El juez o tribunal determinará, en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia. El juez o tribunal deberá consignar, expresamente, los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinantes para regular la pena.

Aumento y disminución de los límites, Artículo 66

Cuando la ley disponga que se aumente o disminuya una pena en una cuota o fracción determinada, se aumentará el máximo y el mínimo en la proporción correspondiente, o se disminuirá en su caso, quedando así fijada la nueva pena, dentro de cuyos límites se graduará su aplicación conforme a lo dispuesto en el artículo que antecede.

Desde luego las partes deben poner mucha atención a la redacción de éstos artículos especialmente al 65 del Código Penal, porque fue redactado en 1973 y no ha sido reformado y en su contenido tiene aspectos de derecho penal de autor tales como la peligrosidad del culpable y los antecedentes de éste. De ahí la importancia de la audiencia para discutir la fijación de la pena y evitar la arbitrariedad en que pudiera incurrir el tribunal de sentencia.

7. Importancia de la audiencia para discutir la pena a imponer

La ley guatemalteca del proceso de adultos, permite la cesura del debate para discutir la pena a imponer al acusado que se ha declarado responsable de un delito. Es por ello que cuando las partes solicitan la división del debate previamente han aportado pruebas tales como estudio socioeconómico del imputado o de la víctima, carencia de antecedentes penales o policiales del imputado, y otros medios de prueba que obren en el proceso para medir el daño causado al bien jurídico penalmente protegido.

La discusión de la pena a imponer favorece el derecho de defensa técnica del acusado, puesto que permitirá la fijación de una pena proporcional al daño causado al bien jurídico, y que la misma sea impuesta de conformidad con el principio de culpabilidad por sus acciones y omisiones, no por su carácter o personalidad evitando así un derecho penal de autor.

En la ponderación de la pena ha de tenerse en cuenta los fines de la pena como la prevención especial o reeducación del individuo que quebrantó la ley. Constitucionalmente la pena tiene una finalidad de readaptación y reeducación de los reclusos. (Artículo 19 Constitución Política de la República de Guatemala). Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados. (Artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

De la aplicación de la cesura del debate para la discusión de la pena a imponer y de la aplicación del principio de culpabilidad como fundamento de la pena y su ponderación se puede deducir si se aplica un derecho penal de garantías o un derecho penal autoritario.

8. Modelos de derecho penal

El derecho penal es “la parte del ordenamiento jurídico, reguladora del poder punitivo del Estado, que, para proteger valores e intereses con relevancia constitucional, define como delitos determinadas conductas a

cuya verificación asocia como consecuencias jurídicas penas y/o medidas de seguridad". (Carbonell, 1999:29).

En este concepto se encuentran varias formas del derecho penal, como el objetivo que se refiere a un conjunto de normas jurídicas que trata sobre los delitos, las penas y las medidas de seguridad. Este derecho lo realizan los legisladores. Pero también abarca el derecho penal en sentido subjetivo como el poder punitivo del estado cuya función es definir los tipos penales que protegerán bienes jurídicos de rango constitucional, le corresponde a las agencias de control penal.

Al derecho penal es el instrumento de control social que utiliza el Estado para definiendo la conducta para que el ser humano pueda vivir en sociedad. Finalidad que está plasmada en todas las constituciones en donde una de las principales funciones del Estado es procurar el bien común por medio de garantizar la vida, la seguridad, la justicia, la paz social y el libre desarrollo de la sociedad.

En ese orden expresiones el derecho penal debe ser constitucional, es decir debe provenir de la Constitución de la República, cuyos principios regirán este derecho ya que se parte de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y fraternidad.

En ese sentido los modelos históricos del derecho penal parten de la venganza privada que después el Estado confisca la acción privada y la convierte en pública. De la unión de la Iglesia con el Estado surge el sistema inquisitivo, cuyas características son la secretividad, la desigualdad, donde no se conocían los derechos humanos, la persecución penal y el juzgamiento le correspondía al juez. Con la revolución francesa surgen los principios de libertad, igualdad, fraternidad, y con el derecho penal una serie de principios y garantías.

Actualmente no se concibe un sistema penal puro o ideal, sin embargo las dos corrientes que predominan son el derecho penal de garantías y derecho penal autoritario. En lo interno de cada Estado hay una

tendencia hacia cada uno de ellos que se refleja en su política criminal, sus normas penales y su sistema procesal.

8.1 Derecho Penal de garantías y derecho penal autoritario

Del análisis –las palabras- y, removiendo el óxido del siglo pasado, precisamos que: (a) entendemos por derecho penal liberal, también llamado derecho penal de garantías, al saber penal que empalma con el estado constitucional de derecho, basado en la idea de trato igualitario y parejo sometimiento a la ley, cuyos principios –consagrados en nuestras Constituciones (Nacional y Provinciales) y en el derecho internacional jushumanista- se remontan al iluminismo y al racionalismo penal del siglo XIX. Por el contrario, (b) entendemos por derecho penal autoritario al propio del estado de policía, jerarquizador de seres humanos, con sometimiento absoluto al que manda, cuyos principios –rechazados por nuestras Constituciones y por el derecho internacional jushumanista- se remontan por lo menos a la inquisición. (Zaffaroni, 2006:1).

En los países con un derecho penal autoritario a los tipos penales se les asignan penas desproporcionadas, crueles y degradantes, manejan un índice de criminalidad muy alto y se sobredimensiona la función del derecho penal como una solución para los conflictos, tal si éste fuese la fórmula mágica para atacar el crimen. La pena la ponen los tribunales arbitrariamente y las partes no discuten la ponderación de la sanción.

Por el contrario en los países con un sistema orientado hacia el derecho penal liberal, las penas no son desproporcionadas, los índices de criminalidad son bajos, y el derecho penal entra a funcionar cuando el bien jurídico sufrió el daño, y se propugna por una justicia reparadora. Antes de imponer la pena se da la oportunidad a las partes de discutir la sanción garantizando con ello el principio de culpabilidad y el derecho de defensa.

BIBLIOGRAFÍA

1. Borja Mapelli Caffarena, Las Consecuencias Jurídicas del Delito, Editorial Cevitas. Madrid, 1996.
2. Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal. Editorial Ariel S.A. Barcelona 1989.
3. Carbonell Mateu, Juan Carlos. Derecho penal concepto y principios constitucionales. 3ª edición. Editorial Tirant lo blanch. Valencia, España. 1999.
4. Ferragoli, Luigi. Razón y Derecho, Teoría del Galantismo Penal. Editorial Trotta S.A. Madrid. 1995.
5. Fuentes Fuentes, Idonaldo Arevael, La cesura del Juicio en el Proceso Penal Guatemalteco, Ediciones Mayté, Guatemala, 2010.
6. Gómez de la Torre. Ignacio Berdugo. Arroyo Zapatero, Luis. Ferré Olivé, Juan Carlos. Serrano Piedecosas, José Ramón. García Rivas, Nicaolas. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Editorial Praxis S.A. Barcelona, España. 1996.
7. Girón Palles, José Gustavo, Teoría Jurídica de la Pena Aplicada al Juicio y su Ejecución, Editorial SA, Guatemala 2011.
8. Hassemer, Winfried. Crítica al Derecho Penal de Hoy. 2ª Edición 1ª reimpresión. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina. 2003.

9. Gunther Jakobs, Derecho Penal del Enemigo, Editorial Cevita, Madrid 2003.
10. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Estructura Básica del Derecho Penal. Editorial Ediar. Buenos Aires. 2009.
11. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal Parte General. Sexta Edición. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, Argentina. 1998.

MUJERES PRIVADAS DE LIBERTAD, SUS HISTORIAS DETRÁS DEL GÉNERO



MUJERES PRIVADAS DE LIBERTAD, SUS HISTORIAS DETRÁS DEL GÉNERO

Licda. Gloria Edith Ochoa Zetino
Coordinadora Unidad de Género

Es preciso recordar que es un tema en especial, difícil y doloroso, olvidado o simplemente desconocido para gran parte de la sociedad: “La situación de las mujeres privadas de libertad, sus historias detrás del género,” el tema tiene varias connotaciones, la primera: que se podría considerar, es la cárcel, como una Institución criminógena, que muy lejos de cumplir con sus expectativas, conduce al deterioro y denigración de los seres humanos. La tasa de población reclusa crece año tras año. La sobrepoblación de las cárceles contribuye al hacinamiento. Un reciente artículo de prensa da cuenta que el número de personas privadas de libertad excede la capacidad de los centros. Aproximadamente 14 mil personas entre hombres y mujeres guardan prisión, más de mil son mujeres; de 22 cárceles sólo 5 son centros femeninos, donde 579 guardan prisión preventiva, hay 402 mujeres con sentencia condenatoria y en cárceletas hay 50.¹ El sistema judicial tiende a recurrir a la prisión preventiva, en parte por la presión social ante la percepción de inseguridad.

En Guatemala, no se cuenta con cifras oficiales, pero un artículo de prensa ilustra que el número de privados de libertad pendientes de juicio es el 51%.² Al altísimo hacinamiento de presos hay que sumar las malas condiciones sanitarias, carencia de salud y alimentación inadecuada.

¹ Artículo de prensa libre 30.7.2012

² Idem

Según el licenciado Jorge Mario Castillo de la Procuraduría de los Derechos Humanos asegura que:

Una de las violaciones más graves y frecuentes que enfrentan las reclusas, tanto las procesadas como las condenadas, es a su derecho a la salud. El trámite que deben hacer para que se les autorice asistir a un centro hospitalario se inicia con un aviso a las autoridades inmediatas de que su salud está afectada; éstas transmiten ese aviso a la directora en turno; esta funcionaria le ordena al médico que examine a la paciente o que, en su caso, dé aviso al juzgado que la tiene a su cargo para que le ordene al médico forense que la evalúe y rinda el dictamen respectivo -el cual, la mayoría de las veces, se da mucho tiempo después, cuando la enfermedad ya se ha agravado- para que el juez, finalmente, autorice su traslado al hospital.³

La violación de los derechos humanos es flagrante. A ello hay que agregar el abandono de sus familias, o de sus hijos, la inadecuada precariedad de los establecimientos penitenciarios y la falta de visión de género, en su construcción y diseño de los centros, se suman al conflictivo “paso por la prisión”.

Por ello, no se duda que la prisión para las mujeres es un espacio genéricamente discriminatorio y opresivo, que representa una abierta desigualdad en el tratamiento que reciben las mujeres en las cárceles. En la Procuraduría de los Derechos Humanos, el informe citado indica que:

... se conocen casos de algunos centros en los cuales con frecuencia se presentan denuncias en el sentido de que los guardias de estos centros penitenciarios y refuerzos de las Fuerzas Especiales de la Policía Nacional Civil las insultan

³Castillo, Jorge Mario, *Violencia contra las mujeres privadas de libertad en América Latina*, 2004

y acosan sexualmente, y cuando las transportan en camionetas a los hospitales, las engrilletan o conducen los vehículos a altas velocidades para que, al frenar súbitamente, las mujeres caigan y se golpeen, sin importarles si entre ellas hay embarazadas...⁴

En la actualidad, las cárceles funcionan claramente como mecanismos de control social selectivo de personas pobres, que en su mayoría son de escasos recursos o de ninguna escolaridad; en donde la mayoría ingresa por detenciones efectuadas en flagrancia por la policía nacional civil, quien define quién ingresa al sistema por medio de operativos generalmente inconsistentes.

El perfil de la mujer privada de libertad en Guatemala, más de la mitad son madres solteras, o separadas, pero en cualquier caso solas. Cabezas de familia (jefas de hogar), con hijos menores de edad a su cargo y no cuentan con apoyo para cuidarlos, la mayoría de mujeres son pobres, poseen estudios primarios y están desempleadas. Los delitos de extorsión, tráfico y comercio de droga, secuestro, hurtos en los supermercados, son los que con más recurrencia aparecen en los registros.

La situación penitenciaria en Guatemala, es muy grave, lo mismo para los hombres que para las mujeres, pero la mujer, por su condición familiar y particulares características, se les priva de libertad en un sistema pensado exclusivamente para los hombres.

Algunas investigaciones de género, realizadas para elaboración de tesis, por parte del personal de la institución da cuenta que la mujer reclusa sufre un daño moral diferente al hombre. Ella se siente parte de un núcleo familiar, alejada del cual sufre angustia. Debe abandonar el hogar y los hijos. Muchas veces los parientes se desentienden de ella. La licenciada Gilma Elieth Gómez Álvarez en su trabajo de tesis que denominó "Las mujeres privadas de libertad, y la estrategias de defensa con perspectiva de género"⁵ infiere que la privación de libertad tiene repercusiones en los

⁴ Idem

⁵ Tesis de licenciatura, Gómez Álvarez, Gilma Elieth, Las mujeres privadas de libertad y las estrategias de defensa desde la perspectiva de género, Universidad Mariano Gálvez, ediciones Maite, Guatemala, 2010

hijos; si el hijo permanece con ella en la cárcel se encuentra preso como ella, y si vive fuera sufre la pérdida de la madre en la vida diaria.

Sobre la discriminación la Procuraduría de los Derechos Humanos ha constatado: “La diferencia de trato que reciben éstas en relación con el que se les da a los reclusos, lo cual se debe a los patrones socioculturales y económicos de la mayoría de la población, y que en esas condiciones se refuerzan por el papel protagónico que los varones han mantenido y conservado.⁶” Se debe agregar que la discriminación femenina en la cárcel se traduce en la negación u obstaculización de derechos fundamentales, como las visitas íntimas en los centros de detención preventiva.

La distribución de espacios dentro de los centros penales no permite clasificar y separar a las mujeres. Los talleres para su rehabilitación son insuficientes y les asignan trabajos que no las ayudarán a reinserirse en la sociedad, como la limpieza doméstica, o hacer manualidades. La violencia también se da entre mujeres. Se maltratan a sí mismas y maltratan a las otras. Los esposos o convivientes acostumbran a visitar a las privadas de libertad cuando pueden. Sucede lo contrario si el privado de libertad es el hombre.

Desde luego, en el caso de la población carcelaria en Guatemala existen coincidencias y problemas compartidos entre ambos sexos, ya que la mayoría de los reclusos en el país, tanto hombres como mujeres, provienen de condiciones socioeconómicas precarias y ambos cuentan con niveles educativos muy incipientes, cuando los tienen.

Sin embargo, un ejemplo categórico de la forma en que el impacto de la reclusión es distinto según el sexo se presenta en el caso de las mujeres reclusas que son madres. Según los datos del trabajo de tesis de la licenciada Gómez, muchas mujeres se encuentran en la cárcel justamente por esa condición de madres, ya que un gran porcentaje de las internas

⁶Castillo Jorge Mario, informe citado

son madres solas que antes de ingresar a prisión se hacían cargo de la manutención de sus hijos. Muchas de las historias de estas mujeres coinciden con la desesperación por alimentar y educar a sus hijos e hijas o por pagar deudas.

La segunda connotación sobre este tema, es el sistema penal, un ejemplo especialmente dramático de la situación de las mujeres en el país. Basta decir que un número importante de las estrategias de defensa con perspectiva de género, realizadas en torno a este tema coinciden en señalar que la mayoría de las mujeres que han delinquido tienen detrás una historia de injusticia de género. Es decir, han sufrido violencia intrafamiliar; han sido abandonadas por su pareja y son ellas las principales responsables de la manutención de la familia; o simplemente, sus oportunidades educativas y laborales fueron inferiores o secundarias a las de los hombres.

En la Coordinación del Enfoque de Género, se analizan casos de las mujeres que están privadas de libertad, según registros el delito de extorsión es el de mayor recurrencia seguido por el delito de secuestro, en la mayoría de estos ilícitos se ha logrado constatar que las parejas de los pandilleros son quienes recogen dinero de extorsiones o rescate, utilizan las cuentas bancarias de ellas para depositar el dinero producto de la extorsión. Otros casos revelan que las mujeres visitan a sus esposos, convivientes o novios en los centros carcelarios. Allí son coaccionadas o amenazadas para que extorsionen y les indican como cobrar.

El caso de la señora Maribel es ilustrativo pues refiere en la misma prevención policial que el día que es aprehendida ella manifiesta en forma espontánea que es el padre de sus hijos, junto con otro reo, quienes realizan las llamadas y es a ella a quien envían a retirar el dinero del banco, mediante engaño, pues a ella le pidieron su número de cuenta de ahorro para que su hermano le deposite un dinero.⁷

⁷ Prevención Policial de fecha 9 de marzo del año 2011, obra en causa penal 116-2011 sede Amatitlán

Hay que tomar en cuenta que Maribel es una persona analfabeta, y vive en extrema pobreza junto a sus dos hijos menores, ella no posee la capacidad de tener destreza para poder llegar a un Banco a realizar operaciones bancarias, es más refiere que cuando fue aprehendida en el banco iba en compañía de sus dos hijos menores edad, al no sospechar nada malo, hasta su hija de doce años le lleno la boleta, la policía al aprehenderla, les revisaron las mochila a los niños buscando evidencias del delito, por lo que la información proporcionada tanto por vecinos en cuanto que es una persona trabajadora, no conflictiva es creíble, y fue comprobable con el estudio social que realizó la licenciada en trabajo social designada para este caso.

También se tiene registrado en los delitos contra la salud, o referidos al narcotráfico que en promedio representan 35 por ciento de los delitos que cometieron las mujeres reclusas. ¿En qué consisten estos delitos? El más común de ellos es el tráfico de drogas, actividad que responde a muchas causas, pero que para efectos prácticos significa, en la inmensa mayoría de los casos que ocupa, la posibilidad de obtener dinero sin que ello entrañe, en la práctica, más que una actividad comercial, de compraventa o de mero traslado, como tantas otras actividades legales.

En la Coordinación se tienen registrados casos en que las mujeres transportan droga de maneras impensables. Una mujer salvadoreña que vive desde hace veinte años en Guatemala, fue aprehendida en un centro carcelario para varones, traficaba droga en sus partes íntimas, al entrevistarla indicó que ese año su hija se iba a graduar, situación que la impulsó a aceptar las proporciones que con anterioridad había recibido, su hija se graduó, ella está en prisión preventiva a la espera de su juicio. Las mujeres procesadas por estas causas no suelen ser parte de la dirigencia de las grandes mafias, sino operadoras al menudeo, lo que las hace altamente vulnerables.

Las mujeres quedan así encerradas en círculos viciosos. Por un lado, el sistema jurídico no les sirve para obtener justicia; ni las normas ni las prácticas jurídicas en materia laboral y civil les garantizan trabajo en

iguales condiciones que a los hombres, ni el padre de sus hijos comparte la carga de la crianza con ellas.

Por otra parte, los delitos relacionados con muerte del conviviente cometidos por mujeres son, en general, causados por situaciones de violencia intrafamiliar. Es decir, las mujeres que los cometen han vivido una historia de violencia en sus hogares. Algunas de las características de las mujeres que son reclusas por dar muerte a su conviviente, tienen en común el analfabetismo y la dedicación exclusiva al trabajo doméstico, aunado a una enorme dosis de violencia. De esta forma, las posibilidades de desahogar las frustraciones personales son limitadas y su espacio se reduce a la familia y al confinamiento doméstico.

Violencia y masculinidad son variables aceptadas cultural, simbólica y materialmente. Parecería que el hombre tiene derecho tácito a la ira y a la venganza, mientras que en la mujer las cualidades primitivas de la femineidad dictan todo lo contrario, pasividad y tolerancia. Ante estos aprendizajes, la relación cotidiana de abuso no presenta muchas salidas. La dificultad para librarse de la relación de coacción, amenaza y el miedo a carecer de los recursos para sostener un hogar ya sea por ser ama de casa o por el bajo sueldo, el miedo ante las amenazas, así como la falta de apoyo social y familiar, dejan a la mujer sin salidas reales.

Ante una denuncia, el propio sistema de justicia no responde integralmente, lo que genera falta de credibilidad, miedo a ser ridiculizadas y, desde luego, a regresar a una situación más peligrosa. El parricidio son consecuencias fatales de este fenómeno. Por ejemplo, en el caso concreto una joven humilde mujer del área rural, Manuela, una de las defendidas, uno de los primeros casos, pero de los más emblemáticos. Ella usó el arma que estaba a su alcance, un cuchillo de cocina, con el cual dio muerte a su conviviente. El sistema penal antes del hecho, le negó justicia pues ella trató por medios conciliatorios de detener las agresiones antes del episodio violento, pues consta en la investigación realizada por el equipo multidisciplinario del Instituto de la Defensa Pública Penal, que la sindicada

denunció violencia intrafamiliar ante la policía pero no tuvo respuesta estatal. Su única opción fue usar el arma mortal y posteriormente fue acusada de parricida.

En este caso concreto se construyó la estrategia de defensa multidisciplinaria, relacionándola con eximentes de responsabilidad penal, lo cual obligó a realizar peritajes de trabajo social, de psicología y peritaje de género, los que fueron ratificados ante el juzgador con lo que se logró reconstruir la verdad histórica en el debate del contexto de violencia que llevó a la mujer a la comisión del delito de parricidio. En la sentencia del caso de Manuela se lee

... los jueces utilizamos para resolverlo perspectiva de género, que es un compromiso institucional para modificar la condición y posición de las mujeres y lograr así un sistema sexo género más equitativo, justo y solidario. Es importante considerar que en el mundo contemporáneo, la cultura patriarcal se expande como parte de los procesos de globalización basado en la dominación masculina y en la opresión de las mujeres. Históricamente las mujeres han sido desvalorizadas, y casi nunca han tenido la posibilidad de decidir en ningún aspecto de su vida.⁸

Por experiencia se puede decir que se debe atención en los indicadores que muestran diferencias significativas entre las circunstancias en que hombres y mujeres se ven involucrados en un parricidio, ya sea como víctimas o como victimarios. En los hombres, en algunos casos, las causas del parricidio están relacionadas con su estatus y con sus demostraciones de fuerza y dominio, mientras que las mujeres que resultan involucradas en un delito de parricidio, como víctimas o agresoras, tienen razones vinculadas a su defensa personal, específicamente dentro del ámbito familiar, en donde la violencia doméstica desempeña un papel determinante.

⁸ Sentencia del tribunal primero de sentencia penal narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Guatemala. 31.01.2007 Causa penal 15386-2005

Los peritajes de género realizados por la experta en Género, Milagro

López Aguilar, señalan que cuando las mujeres matan a los esposos o convivientes, lo hacen generalmente en defensa propia y en otros casos de sus hijos.

Pero, ¿qué pasa en los delitos del crimen organizado? Una vez caen en la trampa de la delincuencia son fácilmente el chivo expiatorio de una cadena delincencial en la que los actos cometidos por ellas son los menos graves, la resolución judicial⁹ que condenó a tres años de prisión a una mujer porque el conviviente dio su número de cuenta de ahorro bancaria para que depositaran el producto de la extorsión, no guarda proporción con sus acciones ni con sus circunstancias.

Sobre este aspecto, solo que relacionado con delitos de parricidio, uno de los supervisores, el licenciado Otto Aníbal Recinos Portillo, en su tesis de maestría sobre derechos humanos en una de sus conclusiones dice:

En un porcentaje del 56% se evidenció que los juzgadores juzgaron a las mujeres acusadas de parricidio con insensibilidad al género, aplicando sesgos de género, pese haber recibido prueba científica que acreditaba la teoría de género, la situación de violencia vivida por las imputadas y el Síndrome de Mujer Agredida, que servía de fundamento a una causa de justificación o inculpabilidad.¹⁰

En cualquier caso, resulta evidente el hecho de que las mujeres delinquen, por su situación particular en una estructura social que las discrimina, les otorga roles sociales rígidos, les impone responsabilidades familiares que son inexistentes o excusables en los hombres, y además disponen de menos oportunidades para desarrollarse laboralmente.

⁹Sentencia causa 2006-8098 de fecha 22.06.20128.

¹⁰Recinos Portillo Otto Aníbal, La defensa del parricidio con enfoque de género, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 2012

Así, las causas y las circunstancias de la mujer que delinque tienen un carácter multifactorial, pero se agravan por el rol social que se le atribuye en la cultura. Subsecuentemente, una vez detenida, la mujer es juzgada sin ninguna sensibilidad sobre su situación y condición por las instituciones de justicia y por los ojos de la sociedad no obstante el impulso que hace el defensor público, mediante las estrategias de defensa con perspectiva de género.

Cuando una mujer delinque, recaerá sobre ella no sólo el peso de la ley, sino también el peso de la sociedad.

Se tiene hasta aquí un panorama más o menos claro de las circunstancias que llevan a las mujeres a la cárcel en una sociedad como la guatemalteca.

En el caso de mujeres en cumplimiento de condena, tener o no tener trabajo dentro de la prisión resulta fundamental: en una entrevista realizada¹¹ recientemente en el Centro de Orientación Femenina se estableció que por una parte, la condena se hace casi insostenible sin trabajo.

Pero, aparte, en la prisión las reclusas necesitan dinero para subsistir: la comida es insuficiente o mala, así que debe complementarse; jabón, pasta de dientes, y otros corren por su cuenta. Sin trabajo, las carencias se tornan agobiantes como Sandi, una de las defendidas en cumplimiento de condena.¹²

Otra de las defendidas, María, cuenta que algunas empresas les confían la realización de ciertos trabajos. Sin embargo, escasean por largos períodos de tiempo. Los programas de redención de penas dependen de las actividades laborales. Desafortunadamente, los penales no están capacitados para proveerlas de nuevas destrezas para el futuro.

¹¹ Entrevistas mujeres en cumplimiento de condena por Milagro López y Edith Ochoa 25.4.2012

¹² Idem

Se imparten cursos relacionados con el curriculum de educación, pero no se ha implementado un verdadero sistema de capacitación profesional. Cuando no hay qué hacer, los programas de redención se detienen. Sin nuevas destrezas con las cuales enfrentar su vida, al salir se encontrarán más vulnerables frente a los retos de la subsistencia, pues, aparte de su usual miseria, tendrán el estigma de ser ex convictas.

La legislación penitenciaria, permite a las madres tener a sus hijos en la cárcel, en Guatemala hay aproximadamente un promedio de sesenta niños en esa situación a nivel nacional, de los cuales la mayoría de ellos han sido registrados civilmente a través del impulso de la Coordinación de Género del Instituto de la Defensa Pública Penal como plan integral dirigido a este sector de la población reclusa. Ello porque no obstante la legislación vigente en numerosas ocasiones no les proporciona los recursos para su desarrollo. En los centros del área rural no existen guarderías y escuelas con espacio y material adecuados. Los centros no poseen servicio de ginecología y pediatría. Los niños son separados de sus madres cuando cumplen 4 años. Cuando la madre debe separarse de sus hijos y seguir en la cárcel, aparece el peor de los dramas.

Sobre este aspecto corresponde propiciar la concientización a jueces y fiscales, para apoyar cualquier medida alternativa al encarcelamiento de una mujer embarazada, o con un hijo menor de cuatro años de edad. Todo ello, salvando aquellos casos en que por la entidad delictiva, la alarma social o el inminente riesgo de fuga aconsejen garantizar firmemente su custodia.

Ya en el terreno de lo deseable, puesto que supera el ámbito de competencia, se precisan modificaciones legales, se podría proponer el estudio de otras alternativas legales, que evitan o paliaran el encarcelamiento de las mujeres (y a veces de los hombres), con cargas familiares e hijos de corta edad a su cargo. Se mencionan algunas de ellas que ya existen en ordenamientos europeos:

- Suspensión obligatoria de la condena, para mujeres embarazadas, o con hijos menores de un año de edad (Ley del 8 de marzo de 2001 n.º 40, Artículo. 1, que modifica el artículo 146 del Código Penal Italiano).
- Similar medida incluye la legislación en Grecia con la posibilidad de la suspensión de la pena de prisión a la mujer embarazada desde el séptimo mes si el embarazo no se interrumpe y si el séptimo mes de embarazo corresponde al periodo de ejecución de la pena. Esta suspensión acaba cuando el hijo alcanza la edad de tres meses.
- Detención domiciliaria para condenas no superiores a 4 años, o que reste de cumplimiento menos de 4 años, para mujeres embarazadas o con hijos a su cargo menores de 10 años. (Ley n.º 354/75 Art. 47- ter Italia). También aplicable a los padres en determinados supuestos.
- En Colombia, la Ley 750/2002 de 19 de julio acuerda la prisión domiciliaria y trabajo comunitario a la mujer cabeza de familia. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado; cuando no se cuente con antecedentes, no se ponga en peligro la integridad de otras personas, la condena no sea impuesta por delito grave y siempre que se cumplan unas ciertas obligaciones, como facilitar su vigilancia y garantizar una buena conducta.
- Adelantamiento de la libertad condicional por tener hijos menores a su cargo: El Art. 729-3 del Código de Procedimiento Penal Francés (modificación introducida en el año 2000): “para todos los condenados a una pena privativa de libertad inferior o igual a cuatro años, a aquellos condenados que ejercen la autoridad parental sobre un menor de menos de diez años que resida habitualmente con él”

En conclusión, se ha asistido en los últimos años a un fuerte aumento de la población penitenciaria del que el género femenino no se sustrae, por una parte a la insensibilidad de género por parte de los juzgadores, al no reconocer la incidencia de los sesgos de género en la comisión de las acciones delictivas que les son imputadas, condenándolas. Lo que implica en algunos casos la entrada de niños menores, hijos de las mujeres privadas de libertad en un sistema penitenciario inadecuado para atender sus necesidades. Corresponde propugnar soluciones extrapenitenciarias al igual que Europa.

BIBLIOGRAFÍA

Informes:

1. Castillo, Jorge Mario, Violencia contra las mujeres privadas de libertad en América Latina, Procuraduría de los Derechos Humanos, sección debido proceso, Guatemala 2004

Tesis:

1. Gómez Álvarez, Gilma Elieth, Tesis de licenciatura: Las mujeres privadas de libertad y las estrategias de defensa desde la perspectiva de género, Universidad Mariano Gálvez, ediciones Maite, Guatemala, 2010
2. Recinos Portillo Otto Aníbal, La defensa del Parricidio con enfoque de género, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 2012

Artículos:

1. Artículo de Prensa Libre 30.7.2012

Procesos Penales:

1. Causa penal 116-2011 sede Amatitlán
2. Causa penal 15386-2005 sede departamental
3. Causa 2006-8098 sede departamental

iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.

Artículo 5o. Libertad de acción. Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe, no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la ley.

Artículo 6o. Detención legal. Ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en el lugar y en la forma que la ley establezca, por la autoridad competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito y de flagrante infracción a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas, y no podrán quedar sujetos a ninguna de las disposiciones de este artículo las personas que no

El funcionario, o agente de la autoridad, que sancione a una persona, deberá hacerlo sancionado conforme a la Ley, y en el lugar y en la forma que la ley establezca.

Artículo 7o. Notificación. Toda persona detenida o presa, deberá ser notificada inmediatamente, en el lugar y en la forma que la ley establezca, por la autoridad que la ordenó y lugar en el que permanecerá. La misma notificación deberá hacerse por el medio más expedito que se encuentre disponible, y en un plazo que no exceda de la efectividad de la ley.

Artículo 8o. Derechos del detenido. Toda persona detenida o presa, deberá ser notificada inmediatamente de sus derechos en forma que le sean comprensibles, especialmente que puede proveerse de un defensor, el cual será designado por la autoridad competente. El detenido no podrá ser obligado a declarar contra sí mismo.

Artículo 9o. Interrogatorio a detenidos o presos. Las autoridades judiciales son las únicas competentes para interrogar a los detenidos o presos. Esta diligencia deberá practicarse dentro de un plazo que no exceda de veinticuatro horas.

El interrogatorio extrajudicial carece de valor probatorio.

Artículo 10. Centro de detención legal. Las personas aprehendidas por la autoridad no podrán ser conducidas a lugares de detención, arresto o prisión diferentes a los que están legal y públicamente destinados al efecto. Los centros de detención, arresto o prisión provisional, serán distintos a aquellos en que han de cumplirse las condenas.

Las autoridades judiciales, o agentes, que violen lo dispuesto en el presente artículo, serán personalmente responsables de los daños y perjuicios que ocasionen.

Artículo 11. Faltas o infracciones. Por faltas o por infracciones a los reglamentos, o por faltas o por infracciones a las personas cuya identidad pueda establecerse mediante algún medio, o por faltas o por infracciones a las personas de arraigo, o por la propia autoridad,

Artículo 11

BREVE ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 11 CONSTITUCIONAL Y SUPERMANENTE VULNERACIÓN EN LOS CASOS DE DETENCIÓN POR FALTAS O INFRACCIONES



BREVE ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 11 CONSTITUCIONAL Y SU PERMANENTE VULNERACIÓN EN LOS CASOS DE DETENCIÓN POR FALTAS O INFRACCIONES

Lic. Rigoberto Vargas
Abogado Defensor Público de Planta

1. LAS FALTAS

a) Antecedentes históricos de las faltas

Como antecedentes históricos de las faltas, se remonta con el aparecimiento de la Ley de las XII Tablas, como legislación primaria del derecho romano, dicha legislación hizo referencia a los delitos privados, especificando los variados daños que producían diversas consecuencias de acuerdo a las circunstancias de cada uno de ellos. La Ley de las XII Tablas legislaba las lesiones para hombres libres o esclavos ajenos, daños producidos por incendios de casas, de cosechas y de tala de árboles, entre los más relevantes. Además la Ley de las XII Tablas contemplaba hechos, tales como hacer desaparecer los frutos de una finca ajena, mediante encantamientos, atraer mediante palabras mágicas los sembrados de otros o causar un mal a través de recitaciones mágicas, sancionados todos ellos con penas graves. Se estableció la posibilidad de que las partes acordaran la cuantía de una suma de dinero que pusiera fin a la diferencia surgida y para otros casos, se establecieron penas pecuniarias calculadas de acuerdo con el valor objetivo de la cosa o cantidades fijas de dinero señaladas de antemano por la norma (composición legal obligatoria).

La finalidad de las normas en ésta época era más punitiva que indemnizatoria, siendo ésta última de tardía aparición en la evolución del derecho romano. La Ley de las XII Tablas como legislación romana en esa época, estableció eventos cuya consecuencia fue la imposición de una

pena al causante del daño, cuyo propósito no era, en principio lograr la indemnización del perjuicio que se había ocasionado, sino lograr el castigo del autor del hecho lesivo. En esa primera época, solamente se sancionó la conducta con la que intencionalmente se causaba un daño a otro, siempre que pudiera verificarse que la actuación del sujeto se encontraba en relación causal directa e inmediata con el acontecimiento dañoso. Los daños ocasionados por negligencia, no generaron originalmente reacción jurídica, pues ello se consideraba un evento fortuito. Finalmente la culpa vino a convertirse en el eje del sistema de la responsabilidad civil.

Resulta importante señalar que en la Ley de las XII Tablas como legislación primaria del derecho romano, solamente se sancionaron los delitos consumados. La tentativa por corresponder en buena parte a las actuaciones llevadas a cabo en el círculo privado del agente, careció de sanción. Importante es hacer referencia a otro de los cuerpos legales de la época como es el Corpus Iuris Civilis (cuerpo de derecho civil), es la más sobresaliente recopilación del derecho romano de la historia, la cual fue realizada por el emperador Justiniano y dirigida por el jurista Triboniano.

El Corpus Iuris Civilis es una recopilación de constituciones imperiales y jurisprudencia romanas desde el año 117 hasta 529 antes de Cristo. Mediante la existencia de esta colección, se ha podido conocer el contenido del antiguo derecho romano, siendo fundamental para los sistemas jurídicos modernos, especialmente de tradición continental. Es así como en el año 529 el Corpus Iuris Civilis (cuerpo de derecho civil), pasa a ser el Código de Justiniano.

b) Su definición

La legislación española para la clasificación de las infracciones penales, lo hacía tomando en consideración un sistema tripartito, el cual comprendía los delitos graves, que se castiga con penas graves, delitos menos graves, que se castiga con pena menos grave y las faltas que son infracciones penales que se castiga con pena leve. La legislación española establece que las faltas para ser sancionadas deben ser consumadas. El

artículo 10 del Código Penal Español clasifica las infracciones penales tomando como referencia la opinión científica que se muestra más favorable a la división bipartita, en virtud de no existir diferencia substancial entre crímenes y delitos, señalando que las infracciones penales se clasifican en delitos y faltas.

El tratadista español Eugenio Cuello Calón se pronuncia al respecto sobre las faltas y señala que “falta es toda acción u omisión dolosa o imprudente penada por la ley”¹. Por su parte Manuel Ossorio señala que las faltas deben estar incluidas en el Código Penal por constituir una de las tres categorías de las infracciones penales (crímenes, delitos y faltas) y señala que “falta es la infracción voluntaria de la ley, ordenanza o reglamento a la cual está señalada sanción leve”.² El tratadista Guillermo Cabanellas señala que falta en el derecho penal, “son acciones u omisiones voluntarias castigadas por la ley con pena leve, en lo cual se han denominado delitos veniales o miniaturas de delitos”.³

Para efectos del presente trabajo de investigación, en forma personal se señala que la definición de falta en el ámbito de las infracciones penales, es bastante escasa en el contexto jurídico, sin embargo, se estima que brindar una definición de falta no resulta dificultoso, de esa cuenta se puede señalar que falta como infracción penal, es toda acción u omisión típica, antijurídica y culpable, sancionada por la ley con una pena leve.

c) Clasificación de las faltas y su marco legal

La legislación Guatemalteca (Código Penal) tipifica las conductas de prohibición y las califica como delitos y faltas, en el presente trabajo de investigación, interesa el tema de las faltas y se puede decir que las faltas

¹Cuello Calón, Eugenio. Diccionario Jurídico Espasa. Editorial Espasa. Madrid. Pág. 687.

²Ossorio Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. Pág. 312.

³Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta S.R.L. 1979. Buenos Aires, República Argentina. Pág. 327.

penales que regula la ley sustantiva penal, son bastantes similares a la legislación española.

Sin embargo, el libro tercero de las faltas del actual Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República, hace la clasificación de las faltas, en forma más amplia con relación a la legislación española, el cual describe: el capítulo I de las disposiciones generales, el capítulo II de las faltas contra las personas, el capítulo III de las faltas contra la propiedad, el capítulo IV de las faltas contra las buenas costumbres, el capítulo V de las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones, el capítulo VI de las faltas contra el orden público y el capítulo VII de las faltas contra el orden jurídico tributario. La regulación comprende del artículo 480 al 498 del cuerpo legal citado.

2. LOS REGLAMENTOS

a) Sus antecedentes

Los reglamentos, surgen con el sistema latino, que incluye Francia y España, el cual dicha potestad queda subordinada a la producción normativa que proceda del parlamento, habida cuenta nace una potestad reglamentaria jerárquicamente inferior a la potestad legislativa que ostentaba el parlamento. Francia, en su revolución de 1789 supuso la desaparición radical y fulminante de la potestad reglamentaria, no obstante en menos de diez años, el sistema volvió a conceder tal potestad al gobierno, cuyo objetivo habría de ser la ejecución de las leyes. En España se produciría una evolución semejante, solamente que en menos tiempo, pues en tan solo un año, las Cortes de Cádiz, pasaron de eliminar la potestad reglamentaria del ejecutivo, a concederla en pro de la ejecución legal.

Pese a todo ello, a lo largo del siglo XIX se produce una evolución de la potestad reglamentaria que culminará con la aparición de nuevos tipos normativos. Después el sistema Germánico, siguiendo las bases de la monarquía constitucional, se establece una relación entre la ley y el reglamento. Más tarde, en la década del año 1880 el sistema Germánico

sufre un giro doctrinal, según el cual toda aquella norma que incidiera en la esfera jurídica del súbdito, debía tener la consideración material de ley, de manera que los reglamentos sólo debían ser emitidos tras la expresa autorización legal del parlamento por vía de ley. La potestad reglamentaria quedaba así reducida a los reglamentos administrativos y al desarrollo de la ley, no pudiendo contradecir lo dispuesto por ésta y perfilando así un principio de superioridad jerárquica de la ley sobre el reglamento.

b) Su conceptualización

Analizado los antecedentes históricos de los reglamentos se vio que los mismos tienen su origen en el sistema latino, que como se dijo antes, incluye Francia y España. La ley constitucional de cada país, otorga la facultad al órgano ejecutivo para la elaboración de los reglamentos, ya que las dependencias cuentan con personal especializado y que están en contacto directo con la realidad en la aplicación de las leyes y reglamentos.

Según la doctrina, el reglamento es el conjunto ordenado de reglas y conceptos que se dan por una autoridad competente para realizar la ejecución de una ley o para el régimen interior de una dependencia o institución. La finalidad del reglamento es facilitar la aplicación de la ley. También se dice que reglamento es toda norma jurídica de carácter obligatorio y general dictada por el poder legítimo para regular conductas o establecer órganos necesarios para cumplir con determinados fines. Su inobservancia conlleva a una sanción por la fuerza pública.

Por último se ha señalado que reglamento es toda disposición legislativa expedida por el poder ejecutivo en el uso de sus facultades constitucionales para hacer cumplir los objetivos de la administración pública. Su objeto es aclarar, desarrollar o explicar los principios generales contenidos en la ley a que se refiere para hacer más asequible su aplicación.

Para el tratadista Guillermo Cabanellas, “reglamento en lo general, instrucción escrita para el régimen de gobierno de una institución o empresa. Disposición complementaria o supletoria de una ley, dictada aquella por el

poder ejecutivo, sin intervención del legislativo y con ordenamiento de detalle más expuesto a variaciones con el transcurso del tiempo”.⁴

En lo personal, se considera que se debe entender por reglamento, el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto desarrollar los principios generales contenidos en la ley, estableciendo órganos necesarios para cumplir con determinados fines y regulando conductas sociales y las sanciones en caso de inobservancia.

c) Clases de reglamentos

Generalmente los reglamentos según la doctrina los clasifica por razón de su origen en Estatales, Autónomos, Institucionales y Corporativos y por razón de la materia, en administrativos y jurídicos. Los reglamentos administrativos son los que regulan la organización administrativa y los que se dictan en el ámbito de la relación existente entre la administración y determinados ciudadanos.

Los reglamentos jurídicos son los que establecen derechos o deberes en el ámbito de la relación de supremacía general, establecida entre la administración y el conjunto de los ciudadanos.

d) Reglamentos que pueden originar infracciones a las personas

En el presente trabajo de investigación, se tomará para su estudio los reglamentos jurídicos, que regulan derechos y deberes entre la administración y el conjunto de ciudadanos.

El ejemplo en Guatemala, es el reglamento de tránsito vigente, contenido en el Acuerdo Gubernativo número 273-98 del Presidente de la República, por lo que cualquier ciudadano estaría en condiciones de vulnerabilidad ante las infracciones y sanciones que regula dicho reglamento de tránsito en los artículos 180, 181, 182, 183, 184 y 185 del referido cuerpo legal.

⁴ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta S.R.L. 1979. Buenos Aires, República Argentina. Pág. 648.

El actual reglamento de tránsito de Guatemala, no regula en ninguna parte de su contexto alguna infracción que pueda originar la detención de una persona, pues las infracciones que aparecen son de tipo pecuniario, es decir, una sanción de multa, a excepción del artículo 177, que faculta a la autoridad de tránsito para detener y consignar al conductor de un vehículo y que se refiere a los supuestos siguientes:

- a) En aquellos casos en el cual se deben llevar a cabo pruebas de alcoholemia y/o influencias de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y
- b) En el caso de un hecho de tránsito en el cual resulten personas lesionadas o fallecidas, el cual según la ley se califica el hecho como lesiones culposas para el primero y como homicidio culposo para el segundo.

Lo anterior relacionado con la comisión de delitos contra la vida y la integridad de las personas, que prescribe el Código Penal Decreto número 17-73 del Congreso de la República, delitos cuya competencia de conocimiento corresponde según las circunstancias del caso, a los Juzgados de Paz Penal y Juzgados de Primera Instancia Penal, de conformidad con las reformas al Decreto 51-92 del Congreso de la República, (Código Procesal Penal), el cual según el artículo 13 del Decreto Número 7-2011 del Congreso de la República, se traslada a los Juzgados de Paz Penal la competencia para conocer de los delitos cuya pena máxima no exceda de cinco años de prisión y los delitos contra la seguridad del tránsito, que es el caso del delito de responsabilidad de conductores (Artículo 157), como competencia de conocimiento de los Juzgados de Paz Penal, de conformidad con el artículo 44 del Código Procesal Penal que textualmente señala: Juez de Paz Penal. Los Jueces de Paz Penal tendrán las siguientes atribuciones: a) Juzgarán las faltas, los delitos contra la seguridad del tránsito y aquellos cuya pena principal sea de multa, conforme el procedimiento específico del juicio por faltas que establece este Código.

Por último el artículo 495 del Código Penal señala: Quienes de cualquier modo infringieren los reglamentos o disposiciones de la autoridad relacionados a seguridad común, orden público o salud pública serán sancionados con arresto de quince a treinta días.

3. TRANSICIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

El 23 de marzo de 1982, Guatemala sufre un movimiento de insurrección nacional, protagonizado por miembros del Ejército de Guatemala, encabezado por el General José Efraín Ríos Montt, en el cual se rompe el orden constitucional de Guatemala (Golpe de Estado) del Gobierno de turno, dirigido por el también general Fernando Romeo Lucas García, estableciéndose el Estatuto Fundamental de Gobierno, contenido en el Decreto-Ley 24-82 de fecha 27 de abril de 1982. Este ordenamiento jurídico sirvió de base para administrar el gobierno de facto, quedando sin efectos legales la Constitución Política de la República de 1965.

El 8 de agosto de 1983, el General Ríos Montt fue depuesto por su Ministro de la Defensa, el General Oscar Humberto Mejía Victores, quien lo sucedió como presidente de facto de Guatemala. El General Mejía Victores permite que Guatemala vuelva a una Guatemala Democrática y con fecha 1 de julio de 1984 se produce la elección de la Asamblea Nacional Constituyente para redactar la nueva Constitución de Guatemala y el 30 de mayo de 1985 tras nueve meses de deliberaciones, entra en vigencia de inmediato la Constitución Política de la República de Guatemala, recogiendo en su artículo 11, la garantía que por faltas o infracciones las personas no deben permanecer detenidas.

4. DETENCIÓN POR FALTAS O INFRACCIONES

a) Análisis jurídico del artículo 11 Constitucional

Guatemala a través de la Asamblea Nacional Constituyente, con fecha 31 de mayo de 1985, se decreta la Constitución Política de la República, el cual entre su contenido se legisla lo referente a la persona humana, fines y deberes del Estado, los derechos humanos, los derechos individuales, los derechos sociales, así como una diversidad de instituciones que finalizan en el artículo 137 que es considerado por los estudiosos constitucionalistas como la parte dogmática de la Constitución y del artículo 138 en adelante constituye lo que se llama la parte orgánica de dicho cuerpo legal supremo.

Dentro del capítulo de derechos humanos, está el artículo 11 que se relaciona con la detención por faltas o infracciones y que en la vida práctica de su aplicación por parte del sistema de justicia guatemalteco, ha sido bastante conflictivo y controversial por parte de los órganos e instituciones encargadas de la administración de justicia en Guatemala, dígase Ministerio de Gobernación, Ministerio Público, Organismo Judicial y el Instituto de la Defensa Pública Penal, el cual se transcribe textualmente:

(Detención por Faltas o Infracciones).

Por faltas o por infracciones a los reglamentos no deben permanecer detenidas las personas cuya identidad pueda establecerse mediante documentación, por el testimonio de persona de arraigo o por la propia autoridad. En dichos casos, bajo pena de la sanción correspondiente, la autoridad limitará su cometido a dar parte del hecho a juez competente y a prevenir al infractor, para que comparezca ante el mismo dentro de las cuarenta y ocho horas hábiles siguientes. Para este efecto, son hábiles todos los días del año, y las horas comprendidas entre las ocho y las dieciocho horas. Quienes desobedezcan el emplazamiento serán sancionados conforme a la ley. La persona que no pueda identificarse conforme a lo dispuesto en este artículo, será puesta a disposición de la autoridad judicial más cercana, dentro de la primera hora siguiente a su detención.

El artículo 11 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se consolida como una de las limitantes constitucionales al derecho que tiene el Estado de castigar al delincuente, conocido en doctrina penal como el *lus Puniendi* y que como derecho humano constituye una garantía a favor de la persona humana.

El Código Penal guatemalteco Decreto número 17-73 del Congreso de la República, en su libro tercero, capítulos I, II, III, IV, V, VI y VII que comprende los artículos del 480 al 498, regula las faltas y las sanciones

para el ciudadano que como acción u omisión pueda ser imputable a la persona.

Del análisis de la norma jurídica constitucional, se infiere que la limitación aludida no está prohibiendo la detención de la persona que posiblemente haya participado en la comisión de un hecho ilícito calificado como falta o infracción, sino que la prohibición es, que la persona permanezca detenida, aún cuando su identidad pueda ser establecida en la forma dispuesta por dicha norma jurídica.

Esto se entiende, que si la persona sindicada de la comisión de un hecho calificada como falta o infracción, es plenamente identificada por los medios a que se refiere el artículo 11 constitucional, los elementos de la Policía Nacional Civil, su función será dar parte del hecho al Juez de Paz, de conformidad con el artículo 44 del Código Procesal Penal y prevenir al supuesto infractor para que comparezca ante el señor Juez dentro de las cuarenta y ocho horas hábiles siguientes.

La norma jurídica constitucional señala que todos los días del año son hábiles y que las horas están comprendidas de las ocho a las dieciocho horas. Entonces, la persona ya prevenida para comparecer ante el Juez competente si hace caso omiso de tal prevención, viene la parte represiva de la ley y señala que quienes desobedezcan el emplazamiento, serán sancionados conforme a la ley.

Por último se hace alusión a la persona detenida, sindicada de la comisión de un hecho tipificado como falta y que no pueda identificarse mediante documentación, el testimonio de persona de arraigo o por la propia autoridad, en este caso la persona será puesta a disposición de la autoridad judicial competente dentro de la primera hora siguiente a su detención.

b) La permanente vulneración de la norma legal constitucional

Se ha visto con mucha preocupación las deficiencias del sistema de justicia en Guatemala, las causas son diversas y muy complejas, que

van desde instituciones y órganos encargados de la administración de justicia con grandes deficiencias en su recurso humano, hasta las prácticas dudosas que vienen a fomentar la impunidad en Guatemala.

La problemática de la aplicación correcta del artículo 11 Constitucional se origina en el Ministerio de Gobernación considerado como operador de justicia, que por la falta de instrucción y capacitación de los comisarios y agentes de la Policía Nacional Civil y a esto se agrega la falta de conocimientos legales de algunos Jueces de Paz que como se dijo antes, entre sus atribuciones está el conocimiento del juicio de faltas, cuyo procedimiento está debidamente regulado del artículo 488 al 491 del Código Procesal Penal.

Estas falencias hacen que la violación de esta norma legal sea permanente en la administración de justicia en Guatemala, ante estas circunstancias el Instituto de la Defensa Pública Penal, en un afán por mantener la observancia de los principios del Debido Proceso y Derecho de Defensa de las personas sindicadas de la comisión de los hechos ilícitos, dispuso crear con el apoyo económico de la comunidad internacional, el proyecto de sedes policiales a nivel de la ciudad capital y de algunos de sus municipios, designándose por turnos a un Abogado Defensor Público de Oficio, a efecto que este profesional del derecho, tuviera acceso al conocimiento de las detenciones de las personas por la comisión de hechos considerados ilegales y en última instancia el Defensor Público de Oficio tenía la responsabilidad de determinar la posibilidad legal de hacer la aplicación legal y correcta del artículo 11 constitucional.

Sin embargo, el proyecto de sedes policiales por cuestiones económicas finalizó, el cual es preocupante, ya que la vulneración del precepto legal referido es permanente en perjuicio de las personas, principalmente de aquellas personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, lo que se visualiza es la falta de voluntad política del Estado, para hacer viable el mantenimiento de la correcta aplicación del precepto legal constitucional.

En la práctica el individuo es detenido por la comisión de un supuesto hecho delictivo calificado como falta y el comisario o agente de Policía Nacional Civil no tiene capacidad para diferenciar cuál es constitutivo de un delito y cuál es constitutivo de una falta. El individuo detenido si tiene suerte, sea el hecho calificado como delito o falta, será puesto a disposición de la autoridad judicial competente dentro de las seis horas como lo indica el artículo 6 de la Constitución Política de la República de Guatemala, sin tener la mínima intención de dar cumplimiento al último párrafo del Artículo 11 de la Constitución Política de la República, cuando señala que la persona detenida sin posibilidad de identificarla, será puesta a disposición de la autoridad judicial más cercana, dentro de la primera hora siguiente a su detención.

Se advierte que esta situación no es secreto para las autoridades que participan en la administración de justicia, lo mismo sucede con la corrupción de los centros carcelarios y el tráfico de influencias que desafortunadamente se hacen notorios en el sistema de justicia.

c) Las fuerzas de seguridad del Estado como sujetos participantes

En la violación del artículo 11 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se considera como sujetos participantes los elementos de la Policía Nacional Civil que tienen contacto directo e inmediato con la persona detenida, pero es valedero hacer saber que ni el comisario ni los agentes de la Policía Nacional Civil, tiene la capacidad o instrucción para calificar los hechos supuestamente cometidos por las personas.

Es práctica de los tribunales según lo contenido en el artículo 82 del Decreto Número 51-92 del Congreso de la República (Código Procesal Penal), en la audiencia de primera declaración, el fiscal del Ministerio Público está facultado para intimar el hecho que se le atribuye al detenido, con todas las circunstancias de tiempo lugar y modo en la medida conocida, de tal manera que en la mayoría de casos, es en la audiencia de primera declaración del imputado, en la cual se determina si el hecho imputado a

la persona es constitutivo de un delito o falta y como una agravante más, se ha establecido que en los Juzgados de Primera Instancia Penal de los departamentos de la república, en muchos casos la audiencia de primera declaración del imputado, la llevan a cabo a los cuatro o seis días después de la detención de la persona.

d) Su aplicación en los departamentos de la república

Hablando ya de los factores estructurales que limitan la función del sistema de justicia en Guatemala, se habla de la ciudad capital como un lugar con más civilización donde están los funcionarios y empleados públicos con más aptitudes y destrezas por el ambiente en que se movilizan, ya que tienen la posibilidad de acrecentar sus conocimientos universitarios a través de estudios post-grado como doctorados, maestrías, diplomados, capacitaciones y participación en congresos jurídicos y seminarios.

La reflexión que se hace de estos extremos es que, si se cuenta con todos esos altos conocimientos que son específicos de la ciencia del derecho, por qué desarrollar un trabajo catalogado deficiente ante la sociedad, todos son responsables de que las cosas estén, como están y se hace necesario que todos sean respetuosos de la ley, desarrollando un trabajo de calidad, eficaz y eficiente en beneficio de la sociedad guatemalteca.

Ahora se debe preguntar, si en la ciudad capital, como lugar civilizado por las oportunidades ya citadas, se están haciendo mal las cosas, que se puede esperar del funcionario o empleado público de la provincia que tiene menos oportunidades.

El tema que ocupa es sobre la aplicación del artículo 11 constitucional en los departamentos de la república, al respecto se debe indicar que se ha tenido bastante experiencia del trabajo profesional en los departamentos de la república y al igual que la ciudad capital, sucede lo mismo, es decir, hay incumplimiento de la norma legal citada por parte de la autoridad policial y porqué no decirlo, existen Jueces de Paz que tienen muchos conocimientos y experiencias alcanzadas a través del trabajo que cada día realizan, pero muchos de ellos están conscientes que los comisarios y agentes de Policía

Nacional Civil, en las diferentes comisarías de la república, violentan el contenido del artículo 11 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

La situación es que en el momento de proceder a la detención de una persona sindicada de la comisión de un hecho calificado como falta, no obstante que la persona ha sido identificada por los medios y formas que dispone la norma legal constitucional, se procede a dar parte del hecho al Juez competente, sin hacer la prevención al infractor como lo ordena dicha norma legal constitucional y dentro del plazo de las seis horas, sin respetar que para el caso de las faltas, cuando la persona no puede ser identificada por los medios aludidos, el plazo para poner a disposición de la autoridad judicial competente, es dentro de la primera hora siguiente a su detención.

Como Abogado Defensor Público de la sede de la Defensa Pública Penal del departamento de Zacapa, se tuvo la oportunidad de tener experiencias sobre estos casos. La persona era detenida supuestamente por la comisión de un hecho delictivo, la Policía Nacional Civil redactaba la prevención policial y dentro de las seis horas se ponía a disposición de la autoridad judicial competente, (Juez de Primera Instancia Penal), el cual al momento que el agente fiscal del Ministerio Público intimaba el hecho punible, se determinaba que el hecho no es constitutivo de delito, sino de un hecho calificado como falta regulada en el Código Penal, es decir, no hay cumplimiento exacto del artículo 11 de la Constitución Política de la República, violentando los derechos fundamentales de las personas.

BIBLIOGRAFÍA

1. Cuello Calón. Eugenio. Diccionario Jurídico Espasa. Editorial Espasa Calpe, S. A. Madrid. Pág. 687.
2. Ossorio. Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. Pág. 312.
3. Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta S.R.L. 1979. Buenos Aires, Argentina. Págs. 327.
4. Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta S.R.L. 1979. Buenos Aires, Argentina. Pág. 648.
5. Constitución Política de la República de Guatemala.
6. Código Penal Decreto número 17-73 del Congreso de la República.
7. Código Procesal Penal Decreto número 51-92 del Congreso de la República.
8. Reglamento de tránsito Acuerdo Gubernativo número 273-98 del Presidente de la República.



**EL NOVÍSIMO
DERECHO PREMIAL:
UN DESAFÍO
AL GARANTISMO**

EL NOVÍSIMO DERECHO PREMIAL: UN DESAFÍO AL GARANTISMO

Lic. Hugo Roberto Saavedra

El concepto del Derecho Premial para el Derecho Penal guatemalteco, desde la vigencia de la Ley contra el Crimen Organizado, reflejo de la Convención de Palermo¹, ha sido de relativa novedad entre la comunidad de penalistas en el país.

Escudriñando la historia, la nobleza europea ha utilizado ese término durante siglos, por ejemplo:

El Derecho Premial de la casa Real y Ducal de Borbón Parma, Italia. El acto cumbre se celebró en la Basílica de Santa María de la Stecatta, de Parma, donde se encuentran enterrados los duques reinantes de Parma. Allí Don Carlos Hugo distribuyó entre sus hijos títulos nobiliarios parmesanos y condecoró con la orden Constantिनiana de San Jorge a diversas personalidades italianas y de otros países europeos²,

Por tanto, ese derecho ha implicado un premio al linaje, a la nobleza, tal como se aprecia en el “Índice legislativo sobre Derecho Premial español, sobre Protocolo de Estado, honores militares, distinciones civiles, Heráldica, Vexilología, condecoraciones, tratamientos e himnos”³

¹La Convención de Palermo o Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia transnacional, fue aprobada por el Estado de Guatemala, mediante Decreto 36- 2003 del Congreso de la República de Guatemala, el 1 de Septiembre del año 2003, en tanto que la Ley contra la Delincuencia organizada, Decreto 21- 2006, fue promulgada el 19 de Julio del año 2006.

²Blog: Doce Linajes de Soria, Casa Troncal. Consulta electrónica en <http://docelinajes.blogspot.com/> de fecha 21 de Agosto del año 2012.

³Vilarrubias, Felio. Derecho Premial, Ediciones de la Universidad de Oviedo, España, 1998. Página 31.

Transfiriendo esa conceptualización histórica del Derecho Premial al presente, podría afirmarse mediante un examen *prima face* que a través de ese instituto se logran premios o beneficios a favor de ciertos imputados que brindan información eficaz de otros coautores del crimen organizado transfronterizo y así lograr su libertad o rebaja de la pena de prisión, al convertirse en colaborador eficaz.

La anterior afirmación es correcta en un primer plano, pero el Derecho Premial, va más allá pues significa la existencia de un conjunto de normas jurídicas que otorgan una facultad discrecional al Estado en aspectos a evaluar de qué conducta se pretende inducir y premiar, la proporcionalidad del beneficio, el procedimiento a utilizar y los bienes jurídicos a tutelar, analizando el costo- riesgo- beneficio societario: liberar a uno y condenar a diez, definitivamente desde la política criminal es ventajoso al Estado.

La facultad discrecional del Estado, es una característica de este instituto que se ejerce a través del Ministerio Público, que utiliza el Derecho Premial específicamente para inducir⁴ al incoado a brindar la información sobre el crimen organizado a cambio de un premio desprisionalizador, así fue ideado en principio ese Derecho como un ofrecimiento del fiscal, sin embargo, la praxis del Defensor/a demuestra que no se excluye la posibilidad de que el propio imputado se ofrezca como colaborador y posteriormente sea inducido a brindar esa información.

Otra nota distintiva, es que a través de este Derecho Premial se tutela diferentes bienes jurídicos, verbigracia: la vida, la integridad, la locomoción, por citar algunos ejemplos. El Derecho penal liberal o garantista ha pregonado que la fórmula para tutelar los bienes jurídicos o valores ético sociales es a través de los tipos penales, por lo que el bien jurídico tiene como función, entre otras, orientar sobre el sentido y finalidad protectora del tipo penal. Ese paradigma se rompe con el Derecho Premial que se ha convertido en tutelar de valores o bienes jurídicos penalmente relevantes,

⁴Inducir: significa instigar, persuadir, mover a alguien, según el Diccionario de la Real Academia Española.,2007. Consulta electrónica , de fecha 21 de Agosto del año 2012.

tal como lo hace el tipo penal, basta leer lo preceptuado en el artículo 91, literal a) de la Ley contra la Delincuencia Organizada (LCDO), que corrobora esa función tutelar, pues la información brindada por el colaborador eficaz debe evitar la consumación de delitos o disminuir su magnitud.

El colaborador eficaz es creación italiana y fue el juez Giovanni Falcone, quien utilizó la figura del arrepentido en la persecución de la mafia siciliana e impulsa históricamente la utilización de esa figura.

En el verano de 1984, Giovanni Falcone escucha durante 45 días seguidos a Tommaso Buscetta, el capo de los dos mundos, el hombre clave de Cosa Nostra en el tráfico de drogas entre Sicilia y Estados Unidos. Solos los dos en un calabozo de Roma —Falcone ya no se fía de nadie—, el capo habla y el juez rellena con su pluma estilográfica 329 folios de confesiones. El mítico Buscetta se convierte en el primer gran arrepentido de la Mafia siciliana. Palermo. Son las 17 horas, 56 minutos y 48 segundos del miércoles 23 de mayo de 2012 y la cuenta sigue abierta. Hace exactamente 20 años, aquí, en esta curva de la autopista entre Isla de las Mujeres y Capaci, mataron al juez antimafia Giovanni Falcone, a su esposa, la también magistrada Francesca Morvillo, y a los escoltas Rocco Di Cillo, Antonio Montinaro y Vito Schifani. La precisión del instante se conoce porque los instrumentos del Instituto de Geofísica y Vulcanología del monte Erice registraron un pequeño movimiento sísmico con epicentro en aquella curva. No era un terremoto, sino la explosión de 500 kilos de trinitrotolueno (TNT) colocados bajo la carretera y hechos estallar al paso de la comitiva⁵

El Derecho Premial y el colaborador eficaz están contemplados en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en su artículo 26, el cual prescribe:

⁵Padovani, Marcelle. Cosas de la Cosa Nostra, Impreso por Sagrafic, Barcelona, España, 2006. Página 51.

Medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley.

1. Cada Estado parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados:

a) Proporcionar información útil a las autoridades competentes con fines investigativos y probatorios sobre cuestiones como:

i) La identidad, la naturaleza, la composición, la estructura, la ubicación o las actividades de los grupos delictivos organizados;

ii) Los vínculos, incluidos los vínculos internacionales, con otros grupos delictivos organizados;

iii) Los delitos que los grupos delictivos organizados hayan cometido o puedan cometer;

Un antecedente procesal de ese Derecho se encuentra desde la vigencia del Código Procesal Penal, al regular la figura del testigo de corona, a lo interno del Criterio de Oportunidad, contenido en el artículo 25. 6). El arrepentido, debe tener la calidad de cómplice o autor del delito de encubrimiento y brindar información eficaz en contra de autores de delitos contra la salud, cohecho, peculado y secuestro entre otros. La doctrina expone que esa información es “una declaración compensada”. En dicho numeral, el legislador plasmó un *numerus clausus* de tipos penales, limitando al fiscal a la investigación de solo esos delitos, a cambio de esos datos ofrecerá un criterio de oportunidad. Nótese que no se exige la comprobación de la información brindada por el testigo de corona y menos relacionar el crimen organizado, esas falencias fueron superadas en el ámbito premial.

El ámbito de delitos se amplió en el Derecho Premial, pues al tenor del artículo 90 de LCDO, la persona que haya participado en un hecho delictivo sea o no integrante del crimen organizado, podrá convertirse en colaborador eficaz. Al relacionar este artículo con la Convención de Palermo, artículo 2, y 94, literal b) de la LCDO, se infiere que para ser colaborador eficaz, el arrepentido debió haber cometido cualquier delito grave y no de bagatela, por ello el o la Defensora tendrá que analizar la calificación jurídica para establecer si se cumple con este extremo.

El artículo precitado (90 LCDO) también conduce a la teoría de la participación, conformada por la autoría intelectual, material y mediata, además se contempla la figura del cómplice. El legislador al redactar el referido precepto dejó el asidero legal a esas figuras al indicar textualmente “La persona que ha participado en un hecho...” por lo tanto se puede afirmar que en la teoría de la participación o participes no ingresa el encubridor.

La lógica del Derecho Premial es muy distante de la lógica garantista del Derecho Penal liberal. Un ejemplo es que podrán convertirse en colaboradores el sospechoso, el incoado y el condenado y con ellos el fiscal podrá reunirse cuantas veces sea necesario, tal como lo establece el artículo 96 LCDO, y obtener toda la información no solo del hecho investigado sino de hechos ajenos. Esa actividad investigativa conduce a plantear la siguiente interrogante ¿El fiscal se vale de una entrevista o es un interrogatorio? La entrevista está estructurada a base de ciertas preguntas debidamente planificadas y preguntar significa inquirir, investigar, interrogar, por ende se puede afirmar categóricamente que en esencia no hay diferencia entre interrogar o entrevistar al imputado, tal como se matiza en el artículo 97 LCDO.

Lo interesante es que a través de ese interrogatorio se logra incriminar a otros coautores y condenar, no obstante que de conformidad con el artículo 9 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “El interrogatorio extrajudicial carece de valor probatorio”, esta garantía no opera en el Derecho Premial, pues a través de esa información se logró sendas condenas a pesar de que el Defensor/a invoque que el fiscal interrogó

en la cárcel al colaborador sin presencia de juez competente, dicho argumento que se quedó sin materia.

Otra lógica del Derecho Premial efficientista es el hecho de auto incriminarse por el imputado, en su declaración ante juez competente. Una garantía incuestionable en el Derecho penal liberal es que la declaración del imputado es un medio de defensa en tanto que en el ámbito premial la declaración del imputado-colaborador eficaz se convierte en prueba incriminatoria en contra de los otros cosindicados y como es una declaración espontánea, toda autodefensa es nula ipso jure, inclusive hace prueba en contra de si mismo.

La anterior aseveración se obtiene al aplicar el método sistemático al Derecho Premial al consultar el artículo 11 literal c) de la Ley para la Protección de Sujetos Procesales y Personas Vinculadas a la Administración de Justicia Penal, que preceptúa: “Los beneficios a que se refiere esta ley se concederán previo estudio que hará la oficina, y para testigos deberá tener en cuenta los siguientes aspectos: c) El valor probatorio de la declaración para incriminar a los partícipes, tanto intelectuales como materiales, del hecho delictivo”. El beneficio concretamente es para el colaborador eficaz que fue autor de delitos graves en la red criminal y que se convertirá en testigo protegido de la fiscalía. Llámesele como quiera llamarse, es una fachada el llamarlo testigo protegido, realmente es otro imputado que a través de su declaración se auto incrimina y culpa a sus compañeros del crimen organizado, por lo que esa declaración deja de ser un medio de defensa convirtiéndose en prueba. Recuérdese que esa declaración, sirvió de soporte a la acusación, posteriormente es ofrecida como prueba, y en su momento el imputado comparece al debate público como testigo.

Sin perjuicio de ser testigo protegido, la misma LCDO establece un capítulo denominado medidas de protección, en el artículo 103, contemplando la protección policial al colaborador o bien ocultando su identidad. Con ello no cabe duda que el colaborar queda altamente protegido más que un ciudadano de a pié honrado y trabajador.

Este potencial colaborador tendrá que informar eficazmente, al fiscal, sobre los siguientes extremos:

- a) Hechos y partícipes (autores y cómplices) objeto de investigación
- b) Posibles partícipes y hechos ajenos a los investigados pero que se relacionan con el hecho investigado

Esta circunstancia se deduce de lo que establece el artículo 11, de la Ley para Protección de Sujetos Procesales supra citada, en su literal e) que preceptúa:

“Que la declaración pueda concluir a la identificación de partícipes en otros hechos delictivos que tengan relación con el que es motivo de investigación”. Si el colaborador eficaz no brinda esta información corre el riesgo de no ingresar al programa de testigo protegido, por ello el fiscal en su interrogatorio ingresa a escenarios diferentes al investigado, y allí opera la inducción, al ofrecer además del premio de la libertad la calidad de testigo protegido, en este orden de ideas, la facultad discrecional del fiscal será la rectora para decidir si otorga esa protección condicionada por la información obtenida.

El defensor/a público, está inmerso en la litigación estratégica frente a este fenómeno eficientista del colaborador eficaz, en tal sentido debe evaluar si están presente cuatro elementos esenciales, para establecer si efectivamente existe la figura del arrepentido. Si uno de esos elementos no esta contemplado por el fiscal se puede afirmar que no existe el colaborador:

- a) Grado de eficacia de la colaboración o información;
- b) Gravedad de los delitos: delitos contemplados en la LCDO y delitos de mayor riesgo, enumerados en el Decreto 21-2009, Ley de Competencia Penal en Procesos de Mayor Riesgo;

- c) Grado de responsabilidad de la organización criminal: el organigrama criminal;
- d) Grado de responsabilidad penal en cuanto a la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador: es la auto imputación.

Con la información brindada por el arrepentido, el fiscal deberá investigar la existencia de la conspiración y la asociación. Ambas figuras delictivas carecen de acción o actos penalmente relevantes que modifiquen el mundo exterior, pues en la primera se penalizan ideas delictivas y en la segunda se criminaliza la membresía criminal, es decir, por el solo hecho de pertenecer al grupo, en cuyo binomio tipológico no se ha lesionado efectivamente algún bien jurídico tutelado.

Entre esas dos figuras delictivas, tiene preponderancia la conspiración, pues significa una concertación de ideas delictivas, como actos preparatorios, que implica deliberación y planificación. En este primer nivel de la concertación, resulta ilustrativo lo prescrito en el artículo 32, literal b) del Reglamento para la aplicación del método especial de investigación de operaciones encubiertas⁶, el cual preceptúa: “Por concertación se entenderá el acuerdo de voluntades, de cada uno de los miembros, para: i) Pertenecer o colaborar con el grupo delictivo y/o; ii) Para cometer alguno de los hechos delictivos estipulados en la Ley contra la delincuencia organizada; iii) Ocultar personas o el producto del ilícito o favorecer la impunidad de los miembros de la organización”. Ese acuerdo deberá ser investigado y probado en debate por parte del fiscal, primeramente y posteriormente demostrará la comisión de los delitos propiamente dichos, como sería el secuestro, asesinato, etc. Si no se prueba esa conspiración no es posible hablar de crimen organizado.

Polémica, resulta la lógica, que presenta la explicación del artículo 2 de la LCDO en cuanto al número de integrantes que conforman el crimen organizado cuyo número es de tres o más personas y la cifra de personas que comenten el delito de conspiración, que sería como mínimo dos personas.

⁶Acuerdo Gubernativo número 189- 2007 del Ministerio de Gobernación.

En ciertos casos concretos, a dos detenidos se les imputa pertenecer al crimen organizado y ser conspiradores en determinados delitos, sin embargo para que exista crimen organizado, tal como se indicó, se requiere de tres personas, en tanto que están ante juez competente solo dos conspiradores ¿Y el tercero? pues el mismo se presume.

Efectivamente el argumento recurrente del fiscal es que en el trascurso de la investigación se ubicarán al resto de la organización criminal, agregando el ente investigador que “Es importante subrayar que no existe contradicción entre la definición de grupo delictivo organizado, que exige tres personas como mínimo, y la de conspiración en delincuencia organizada, que exige el acuerdo de dos o mas personas, ya que un grupo delictivo organizado puede realizar innumerables actos de conspiración cometidos por dos o mas de sus miembros”⁷ Este argumento es lógico para un Derecho penal de riesgo, que adelanta la punibilidad para los dos detenidos, presumiendo que en alguna parte de la sociedad está el resto del crimen. Es inaceptable, desde el garantismo, ese criterio fundamentado en presunciones de existencia de sujetos abstractos pertenecientes a la criminalidad organizada.

No se debe permitir que so pretexto del eficientismo penal, se arremeta con un Derecho penal de certeza jurídica (artículo 2 de la Carta Magna) al fundamentar la imputación penal con pronósticos de que existe un crimen organizado, pero que de momento solo están dos detenidos, esa sindicación carece de sustrato constitucional, generando incertidumbre, por lo que se puede afirmar categóricamente que si existe contradicción cuantitativa entre el mínimo de personas que deben conformar el crimen organizado (3) y la conspiración (2), matemáticamente no cuadra y recurrir a la presunción para justificar el desfase numérico no es plausible para el garantismo ni a la lógica jurídica.

No obstante la existencia de métodos especiales de investigación como lo son el de entregas vigiladas, interceptaciones telefónicas o de

⁷González Ruiz, Samuel. Cómo diseñar una estrategia nacional contra la Delincuencia Organizada en el marco de la Convención de Palermo de las Naciones Unidas, PNUFID, Lima Perú, 2002. Página 25

operaciones encubiertas, es la figura del colaborador eficaz la protagónica, por ello resulta importante apropiarse de la temática del arrepentido, para una eficiente estrategia de defensa.

Existen algunos principios que operan y sistematizan la figura del colaborador eficaz, ya sea como sospechoso, procesado o condenado, para mejor comprensión de este fenómeno y los cuales se desarrollan a continuación:

- 1- Principio de eficacia: grado de importancia de la información brindada. Art. 94. a) y 98 LCDO.
- 2- Principio de oportunidad: para el caso del sospechoso o imputado, se podrá convertir en colaborador en la fase preparatoria, intermedia y hasta antes del debate. Durante el debate oral se otorgará el sobreseimiento para el cómplice. Se podrá aplicar el beneficio de la libertad condicional o la libertad controlada para el caso de los condenados. Art. 93 LCDO.
- 3- Principio de formalidad: Se debe celebrar el acuerdo respectivo entre el MP e imputado, que le dará la calidad de colaborador eficaz con el beneficio otorgado. Artículo 98 LCDO.
- 4- Principio de comprobación: Deberá corroborarse la información proporcionada. Artículo 97 LCDO.
- 5- Principio de control jurisdiccional: Es el juzgador el único que autoriza el acuerdo, por ende califica la calidad de colaborador eficaz y el beneficio a otorgar: criterio de oportunidad, suspensión condicional de la persecución penal, procedimiento abreviado, sobreseimiento, rebaja de la pena. Para los condenados la libertad condicional y la libertad controlada. Artículo 92 y 101 LCDO.
- 6- Principio de revocabilidad. Se otorgará el beneficio respectivo con la condición de que no cometerá delito doloso, por un tiempo

no menor al doble de la pena máxima que establece la ley por el delito que se le sindicó, por falsedad de la información o por incumplimiento de los compromisos. Artículo 102 bis LCDO.

El Derecho Premial permite visualizar tres escenarios relacionados con el colaborador como sospechoso, procesado o condenado y en ello el Defensor/a juega un determinado rol.

En el caso del sospechoso, que podría estar libre, como ciudadano puede entrevistarse libremente con el fiscal y negociar el beneficio, y en su caso podría acudir a la cita con el Defensor de su confianza si lo desea.

Si el potencial colaborador está con medida sustitutiva o en prisión, o bien condenado es obligación la presencia del Defensor en las negociaciones con el fiscal, con la finalidad de establecer que se respete el debido proceso y obtener el mejor beneficio para su patrocinado. No se excluye la posibilidad de que el imputado, manifieste al Defensor que se entrevistará con el fiscal sin la presencia del Abogado, en este caso se aconseja hacer la razón respectiva con firma o impresión digital del incoado con la finalidad de evitar responsabilidades.

Realmente el rol del Defensor/a no es de contención como sucede en el juicio adversarial, pues el imputado desea colaborar espontáneamente con brindar la información eficaz, por lo que si el Abogado asume una actitud de confrontación con el fiscal lo más probable es que no exista acuerdo, en perjuicio del imputado, por lo que en los tres escenarios del colaborador el rol del Defensor es convertirse en consultor y asesor del imputado, fiscalizar el debido proceso y tratar de obtener el mejor beneficio para el colaborador. Luego que el arrepentido obtenga su libertad, ese testigo será responsabilidad del fiscal.

Ocurre que en ciertos casos el fiscal ofrece el beneficio al procesado a cambio de toda la información y finalmente no lo otorga, sin embargo esos datos los utiliza en contra de los otros coautores. Allí existió un interrogatorio extrajudicial, por parte del fiscal, carente de todo valor, por

lo que aplicando la teoría del fruto del árbol venenoso (Fruit of the poisonous tree) todos los actos derivados de ese interrogatorio son nulos ipso jure, argumento que queda reforzado por lo prescrito en su parte conducente del artículo 183 del Código Procesal Penal: “Son inadmisibles, en especial, los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido,...” Ese medio fue el interrogatorio extrajudicial que generó las líneas de investigación como escuchas telefónicas, videos, testigos, etc., para desencadenar con la detención del resto de personas que integran la supuesta organización criminal, todo ese material probatorio es sencillamente nulo.

Ese envenenamiento afecta no solo a la prueba directa sino que a la indirecta, ese es el efecto extensivo de esta doctrina de corte norteamericano, aplicable igualmente a la denominada “teoría del hallazgo inevitable” que son pruebas encontradas fortuitamente que incriminan a los sospechosos o procesados. El artículo 63 de la LCDO, contiene esta teoría al estipular que

Quando a consecuencia de una medida de interceptación, autorizada conforme la presente ley, resultare información de hechos delictivos del investigado o de un tercero no previstos en la autorización judicial, el fiscal deberá ponerlo en conocimiento inmediato del juez contralor, a efecto de solicitar una nueva autorización con respecto a los nuevos hechos descubiertos.

En síntesis ese hallazgo también será nulo producto del método ilegal de cómo se obtuvo la información.

Por cierto esta doctrina del fruto, queda atenuada mediante la teoría de la fuente independiente, que postula que si a través de otros medios de prueba, ajenos al venenoso, se corrobora la incriminación, pues bastará con retirar la prueba ilegal y la imputación subsistirá gracias a la prueba independiente.

Esta doctrina, de la fuente independiente, trata de palear el costo social que representa para el Estado el perder el caso por la presencia de esa prueba contaminada, por ello: “Esta teoría resulta acorde con todo el sistema procesal constitucional, pues la existencia de una desconexión causal entre los hechos origen de la ilicitud y las pruebas encontradas es razón suficiente para que el juez pase a ponderarlas y puedan constituirse como prueba de cargo, ya que ellas en sí mismas carecen de ilicitud alguna”⁸

Finalmente el fenómeno del Derecho Premial, se consagra en el absurdo, pues el potencial colaborador eficaz se convertirá en testigo clave en el futuro debate que se realizará en el tribunal de competencia para procesos de mayor riesgo.

Este proyecto surgió con la finalidad de brindar protección a jueces, magistrados, fiscales, imputados, testigos y demás sujetos procesales, ante riesgos personales inminentes derivados de estar conociendo delitos graves (delitos de mayor riesgo) por lo que al tenor del artículo 4 del Decreto 21-2009 del Congreso de la República de Guatemala, la única facultada para pedir la competencia en procesos de mayor riesgo, es el o la Fiscal General y Jefe del Ministerio Público, solicitud conocida por la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, que podría admitir o rechazar la misma.

La interrogante es ¿De dónde viene ese riesgo o peligro para los sujetos procesales?, pues la respuesta es que la fuente de ese riesgo deriva de los propios imputados o de los otros sindicados que aún están en libertad, por ejemplo. Naturalmente se debe denunciar de dónde proviene y probar en qué consiste el riesgo, a la lógica de un Derecho penal garantista, circunstancias que en la praxis no se exige, pues la Cámara Penal⁹ es del criterio que esa discusión es un punto de derecho, al exponer que basta con qué el riesgo sea presente o futuro y que los delitos sean de mayor riesgo cometidos por crimen organizado, por lo que la audiencia está prevista para discutir cuestiones de competencia en *cuestio juris* y no para dilucidar

⁸Martínez García, Elena. La eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal, Ediciones Tirant Blanch, Valencia, España, 2003. Página 90.

⁹Caso número 1070- 2012-1456 Cámara Penal, Corte Suprema de justicia, imputados Galicia Galindo y Tzul Castro por delitos de plagio, violación, conspiración y asociación ilícita.

aspectos fácticos o *cuestio factis*, en todo caso la cámara no es un tribunal de cognición.

Ese argumento de la cámara responde al denominado Derecho penal de riesgo, como una arista del Derecho penal del enemigo, pues el mismo se fundamenta en el pronóstico de la existencia de un riesgo o mal futuro derivado del crimen organizado, por lo que el Derecho penal además de sancionar los hechos del pasado pretende resolver hechos del futuro, lo que convierte al Derecho penal en una disciplina acientífica, por fundamentarse en pronósticos, so pretexto de brindar protección a jueces, magistrados o testigos.

Lo paradójico es que el colaborador eficaz (el arrepentido) comparece ante el Tribunal de competencia para procesos de mayor riesgo, como testigo, legitimado por el Derecho Premial y con solvencia moral, para acusar a sus compañeros del crimen organizado, no obstante que él es tan autor como es el resto de la organización, sin embargo queda doblemente blindado tanto por ser testigo protegido del Ministerio Público y actuar en ese proceso de mayor riesgo, que se caracteriza por etiquetar al resto de coautores de formar crimen organizado, de constituir un riesgo por ser sujetos peligrosos autores de delitos de mayor riesgo.

Además esos tribunales cumplen con nutrir al denominado Derecho penal simbólico, que es un fenómeno mediático mediante el cual se traslada a la sociedad un clima de combate frontal al crimen organizado y que si existe justicia, por las constantes condenas elevadísimas, por ende se está en un clima de paz social, sin embargo la espiral de violencia real está en constante aumento, convirtiéndose en una utopía ese aparente ambiente de armonía societaria. Se advierte que ese Derecho Penal simbólico es una macro estrategia estatal que involucra a otros actores, tal el caso del organismo legislativo con la inflación penal al crear una gran cantidad de delitos, a la Policía, Ministerio Público, Organismo Judicial, Sistema Penitenciario y otras agencias de seguridad, inclusive, organizaciones no gubernamentales.

Un Derecho penal simbólico se da bajo formas muy diversas: Derecho penal que está menos orientado a la protección del bien jurídico que a efectos políticos más amplios como la satisfacción de una necesidad de acción. Es un fenómeno de la crisis de la política criminal actual orientada a las consecuencias. Ello convierte gradualmente al Derecho penal en un instrumento político flanqueador de bienes jurídicos universales. Un Derecho penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la Administración de Justicia.¹⁰

La anterior cita del profesor Hassemer, ilustra el significado de ese fenómeno estadístico por excelencia.

Se cierra el presente artículo con la reflexión dirigida a los respetables Defensor@s sobre el fenómeno del Derecho Premial, cuya dinámica fortalece el Derecho penal del enemigo, permeando el garantismo no solo de la Carta Magna sino de los diferentes Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos y ante ese fenómeno eficientista han de convertirse en freno y contrapeso invocando el garantismo como un límite al ius puniendi desbordado del Estado.

¹⁰Hassemer, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos, 1993. Página 13. Consulta electrónica: juareztavares.com/textos/hassemer_bem_juridico.pdf/ del 28-08-2012 .

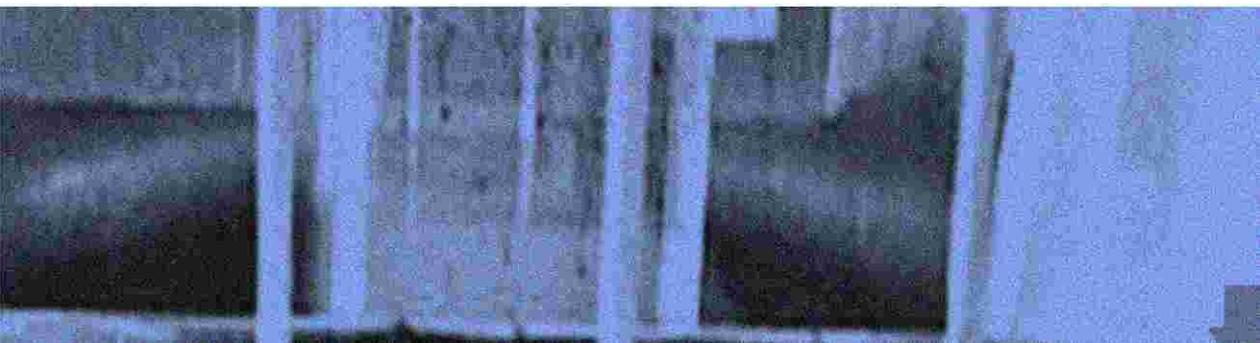
BIBLIOGRAFÍA

1. Blog: Doce Linajes de Soria, Casa Troncal. Consulta electrónica en <http://docelinajes.blogspot.com/> de fecha 21 de Agosto del año 2012.
2. Diccionario de la Real Academia Española.,2007. Consulta electrónica , de fecha 21 de Agosto del año 2012.
3. Hassemes, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos, 1993. Página 13. Consulta electrónica: juareztavares.com/textos/hassemer_bem_jurídico.pdf/ del 28 -08- 2012.
4. González Ruiz, Samuel. Cómo diseñar una estrategia nacional contra la Delincuencia Organizada en el marco de la Convención de Palermo de las Naciones Unidas, PNUFID, Lima Perú, 2002.
5. Martínez García, Elena. La eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal, Ediciones Tirant Blanch, Valencia, España, 2003.
6. Padovani, Marcelle. Cosas de la Cosa Nostra, Impreso por Sagrafic, Barcelona, España, 2006.
7. Vilarrubias, Felio. Derecho Premial, Ediciones de la Universidad de Oviedo, España, 1998.

LEYES:

1. Constitución Política de la República de Guatemala.
2. Convención de Palermo o Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia transnacional.
3. Ley contra la Delincuencia Organizada.
4. Acuerdo Gubernativo número 189- 2007 del Ministerio de Gobernación.
5. Decreto 21- 2009, Ley de competencia penal en procesos de mayor riesgo.

**LA UNIDAD DE
IMPUGNACIONES DE
LA DEFENSA PÚBLICA
PENAL Y SU LUCHA
CONTRA LA PENA DE
MUERTE**



LA UNIDAD DE IMPUGNACIONES DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL Y SU LUCHA CONTRA LA PENA DE MUERTE

Licda. Nydia Lissette Arévalo Flores de Corzantes

1. Introducción:

El presente trabajo tiene como finalidad presentar en forma simplificada la lucha técnica y jurídica de los abogados defensores de Impugnaciones, para enfrentar los fallos con pena capital, labor que comenzó desde la asignación de la defensa técnica de un condenado a pena de muerte, por medio de la presentación de los recursos ordinarios y extraordinarios, incluso acudir al sistema interamericano de protección de derechos humanos, como mecanismo para demostrar la existencia de las violaciones en los fallos con pena capital, para lograr su conmuta. Ese camino tortuoso y difícil estuvo plagado de duros fracasos, pero también de grandes éxitos y satisfacciones, precisamente estos resultados fueron los incentivos necesarios que motivaron a los profesionales a mantener un trabajo frontal contra las sentencias con pena capital.

2. Algunos antecedentes de la pena de muerte:

En Guatemala, la pena capital existió desde la época pre - colombina, los pueblos Mayas antes de la conquista española, aplicaban las penas de muerte, incluso a las mujeres cuando dejaban apagar el fuego sagrado y a las mujeres vírgenes que violaban sus votos de castidad. Durante la conquista, era común aplicársela a quienes se sublevaban al régimen; los métodos de ejecución fueron: el garrote, el disparo de armas de fuego y el ahorcamiento. Como dato importante, consta en el Archivo General de Centroamérica A.2.1. LRG. 304 exp. 7101 y 7102 del año 1802 a 1804 de

la sección colonial, que el método de ejecución más utilizado fue la horca, pero si la sentencia ordenaba que se arrastrara al condenado o se desmembrara su cuerpo o se exhibiera sus manos o cabeza, se cumplía. Siguiendo la historia, el 5 de marzo de 1827, la Asamblea Legislativa emite decreto que establece la pena capital para los enemigos del gobierno o incitadores a la guerra, o para quienes trastornaran el orden público y produjeran la muerte de una o más personas.

- Corto periodo abolicionista: El Dr. Mariano Gálvez dentro de su reforma penal adopta los códigos de justicia hechos para el Estado de Louisiana, redactado por Edward Livingston que no contempla la pena de muerte, ya que se regía por el principio de reforma del reo y enmienda por medio de trabajos “recios.” Sin embargo, cinco años después es restablecida la pena de muerte.
- Ley de Indultos año 1892: Por medio del Decreto 159 del 19 de abril de 1892, se reglamentó la facultad constitucional de conceder el indulto en casos determinados y conmutar la pena por la inmediata inferior.

El gobierno de JORGE UBICO, (1931- 1944) se destaca por superar la crisis económica de la época, recuperar la producción nacional, decretar la división de poderes y reducir el gasto público. Sin embargo, los opositores a su régimen eran reprimidos mediante la llamada “ley fuga” en la cual al reo se le ordenaba salir de prisión, y afuera, se le disparaba, reportándose como fuga.

- Caso José María Miculax Bux, condenado a muerte por los asesinatos en serie cometidos de enero a abril del año 1946, junto a su primo Mariano Macú Miculax, quienes asesinaron y abusaron sexualmente de 15 niños. Miculax fue fusilado frente al Cementerio General. Dice la leyenda que la facultad de Medicina de la Universidad de San Carlos,

- decidió hacer estudios al cadáver, específicamente a la cabeza, la cual fue robada durante los años 90.
- Tribunales de Fuero Especial. Fueron creados durante el gobierno del general José Efraín Ríos Montt, y con base en sus fallos, fueron condenados y ejecutados 15 guatemaltecos entre los años 1982 y 1983 en el Cementerio General, a pesar de los pedidos de clemencia nacionales e internacionales.
 - Últimos fusilamientos: En el mes de septiembre de 1996, los reos Girón y Castillo fueron condenados a pena capital por la violación y muerte de una menor de edad, el presidente Álvaro Arzú, negó el Indulto y se les ejecutó en la Granja Penal Canadá. Impactando el acto del llamado tiro de gracia en la cabeza, para la consumación de la ejecución. Este hecho, que impactó a la sociedad, influyó en la búsqueda de un mecanismo que “humanizara la ejecución”, supuestamente, llamado inyección letal.
 - Primera ejecución en el módulo letal, Fue estrenado con Manuel Martínez Coronado (1999), en la llamada ejecución accidentada debido a que fue mal canalizado, error que le causó una agonía prolongada por más de 18 minutos, la cual fue difundida, en vivo, a nivel nacional e internacional.
 - Segunda y última ejecución, en el año 2000 fueron ejecutados los condenados Tomas Cerrate Hernández y Amílcar Cetino, condena por el delito de plagio o secuestro en el caso Botrán.

3. Participación de la defensa pública penal en el contexto de la pena de muerte:

Cabe resaltar el papel del Instituto dentro del tema, ya que en los años de 1996 y 1997 los tribunales de justicia dictaron el mayor número de penas de muerte, fallos en un alto porcentaje violatorios, cuyos vicios no observados por los Tribunales y el agotamiento de los recursos, fueron el principal motivo del nacimiento de la Coordinación de Impugnaciones, cuyo fin es el eficiente y eficaz ejercicio de la defensa técnica de las personas condenadas, por medio de la presentación puntual y oportuna de todos aquellos recursos ordinarios y extraordinarios, nacionales e internacionales, con el objetivo de garantizar el respeto a los derechos fundamentales que han sido lesionados por los fallos emitidos por los tribunales de justicia.

La Coordinación de Impugnaciones es estructurada y fortalecida, en la administración de la Ms. Blanca Aída Stalling Dávila, actual Directora General de la Institución, dotándole de los insumos necesarios para esta labor, actualmente se integra con 9 defensores públicos y 9 asistentes de abogados defensores.

4. Marco legal de la pena capital:

Delitos que conservan la pena capital: 1) Asesinato, 2) parricidio, 3) ejecución extra judicial, 4) Plagio o Secuestro. 5) Desaparición forzada 6) Magnicidio, y 7) delitos calificados por su resultado. Ley contra la Narcoactividad.

5. Mecanismos legales para enfrentar la pena capital:

La condena a muerte obliga sin lugar a dudas, a que el defensor sea audaz en sus planteamientos, ingenioso y sagaz en su argumentación, impugnación y petición, al grado de utilizar todos los recursos internos; y si estos fallan, acudir al Sistema Interamericano, a entablar un litigio internacional contra su propio Estado, como ocurrió en los casos de Fermín

Ramírez Ordóñez y Ronald Ernesto Raxcaco Reyes. La búsqueda constante de doctrinas y corrientes legales para sustentar los recursos, estuvo encaminada a lograr la conmuta de la pena capital.

6. Estrategias:

Para enfrentar estos fallos, se utilizaron los siguientes:

Recursos Nacionales:

- Apelación especial por motivo de fondo y por motivo de forma.
- Casación por motivo de forma o fondo.
- Acción constitucional de amparo y apelación de amparo.
- Revisión.
- Gracia, indulto, conmuta.
- Incluso, se presentó al Congreso de la República recurso “de amnistía”.

Recursos Internacionales:

El acudir al Sistema Interamericano presentaba 2 problemas: 1) Entablar un litigio contra el propio Estado de Guatemala, y 2) El presupuesto limitado con que cuenta la Defensa Pública, menor al del sector Justicia; y el litigio internacional es oneroso, lento, técnico, poco conocido en el medio, pero efectivo.

Sin embargo, se cuenta con aliados estratégicos, el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales (ICCPG) y El Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), instituciones que compartieron

las propuestas y acompañaron en la lucha contra la pena de muerte en los casos Fermín Ramírez Ordóñez y Ronald Ernesto Raxcaco Reyes, vs. el Estado de Guatemala. Hoy estos fallos son materia de estudio y análisis en aulas universitarias, foros, conferencias, etc., dado el efecto que tienen en el sistema jurídico penal y procesal penal guatemalteco.

El Dr. Ovidio Girón Vásquez, inicia el litigio internacional, y con otras solicitudes, acuden los defensores Edgardo Enríquez, Lidia Eloisa Quiñónez, Gustavo Adolfo Cárdenas y Nydia Arévalo de Corzantes siendo las siguientes:

Medias cautelares ante la comisión IDH:

- | | | |
|----|----------------------------|-----------|
| 1. | Hugo Humberto Ruiz Fuentes | Secuestro |
| 2. | Tirso Román Valenzuela | Secuestro |
| 3. | Bernardino Rodríguez Lara | Secuestro |

Medias provisionales ante la corte IDH:

- | | | |
|----|--------------------------------|-----------|
| 1. | Pablo Arturo Ruiz Almengor | Secuestro |
| 2. | Edward Mike Pineda Morales | Secuestro |
| 3. | Byron Giovanni Ortiz Colindres | Secuestro |
| 4. | Carlos y Audelio Díaz | Secuestro |

7. Medios de impugnación utilizados:

Por recurso de apelación especial:

Este recurso procede por 2 motivos: FORMA relativa a ley procesal y FONDO a ley sustantiva, y constituye un medio idóneo contra los fallos dictados por los Tribunales de Sentencia, y tiene características propias: a) Se interpone por escrito, b) dentro del plazo de diez días de notificada la sentencia, c) ante el tribunal que dictó el fallo, quién eleva el caso a la Sala y ésta oportunamente dicta sentencia. Cuando se trata de pena capital, el recurso puede obviar los requisitos de forma y el tribunal está obligado a conocer por la gravedad de la pena.

Se permite comentar 3 casos de apelación especial por forma y fondo:

- Santiago Pérez Roque, Condenado a muerte, en el caso conocido como “los Huales “ caso en el que ya se había conmutado la pena capital a tres co - procesados sin embargo, lo condenó a muerte el tribunal de Sentencia de Chiquimula en el año 2010. El día 26 de enero del 2011, El Tribunal de Segunda Instancia de Zacapa, acoge el recurso de apelación especial por forma, interpuesto por los Defensores Públicos María Aurora Fernández Bonilla de Aguilar y Carlos Alberto Villatoro Schunimann, la Sala anula el fallo que imponía la pena de muerte y se ordena el reenvío.
- Héctor Caal Luc, condenado a muerte por el delito de Asesinato, hecho cometido en la región de las Verapaces, se le conmutó la pena de muerte por la de 50 años de prisión, el argumento del recurso se centró en que la sentencia de Primer grado indicó que no era peligroso social y sin embargo la pena impuesta era la de muerte, error judicial observado por la sala.
- Carlos Enrique Rutimann Fonseca. La Sala 10ª. de la Corte de Apelaciones el 25 de enero de 1999, resolvió declarar con lugar el recurso de apelación especial interpuesto contra la sentencia de fecha 26 de octubre del año 2006, dictada por el tribunal 4to. de Sentencia, que condena a pena de muerte por el delito de plagio o secuestro, la víctima Elmer Reyes Palencia. La tesis que se mantuvo fue que la víctima no falleció por el plagio o secuestro por lo que no podía imponerse la pena de muerte.

Por recurso extraordinario de casación:

Para el tratadista¹

Fernando De La Rúa, el recurso de casación es un medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta paliación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión con o sin reenvío a nuevo juicio.

Para² el Dr. César Barrientos Pellecer, el objetivo de la casación es esencialmente unificar los criterios judiciales y formar por tal medio la doctrina legal, además, es un instrumento procesal en defensa de la ley. Textualmente no expresa el Código Procesal Penal, que la finalidad del recurso sea la unificación de las interpretaciones jurisprudenciales, pero esta función puede adquirirse en la doctrina e historia de este recurso. El artículo 438 del Código Procesal Penal, señala que “El recurso de casación está dado en interés de la ley y la justicia, y podrá ser interpuesto por las partes.” Sus motivos pueden ser: de fondo: cuando se motive en infracciones a la ley que influyan decisivamente en la parte resolutive de la sentencia o auto recurrido y de forma: cuando se motive en violaciones esenciales de procedimiento.

El Tribunal de Casación únicamente conocerá de los errores denunciados en el recurso y contenidos en la resolución; la violación de una norma constitucional o legal autoriza al Tribunal a disponer la anulación o reenvío para la corrección correspondiente. Requisitos: a) se interpone ante la Corte Suprema de Justicia dentro del plazo de 15 días de notificada la resolución o ante el tribunal que ha emitido la resolución, de donde lo

¹De La Rúa, Fernando, La casación Penal, Primera Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1994, Pág.23.

²Barrientos Pellecer, César, Derecho Procesal Guatemalteco, Primera Edición, Editorial Magna Terra Editores, 1995, Pág. 147.

elevantán inmediatamente a la Corte Suprema de Justicia; b) se interpone por escrito con expresión de los fundamentos legales que lo viabilizan; c) con expresión clara y precisa de los artículos e incisos que autorizan el recurso, así como de los artículos e incisos que consideren violados de la ley; indicación expresa de los motivos, de forma y/o fondo. Se concluye en señalar que posee ciertas características especiales:

Es un recurso extraordinario, formalista y altamente técnico. Sus motivos de interposición están legalmente tasados. El Tribunal de Casación conocerá sobre estos motivos exclusivamente. Conoce del recurso el más alto tribunal del orden judicial. Crea jurisprudencia o doctrina legal, y su procedencia es limitada.

A continuación se citan algunos casos emblemáticos:

1. Caso: Por vicios de procedimiento:

Mario Villalta Gómez, Edmundo Concuá Miranda y Miguel Ángel Olivares, condenados a pena capital por el delito de asesinato en la localidad del Jocotillo, fue dictada la sentencia por el Tribunal Séptimo de Sentencia Penal, contra ese fallo se interpuso recurso de apelación especial de forma y fondo, el mismo fue declarado sin lugar por la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones, contra ese fallo se interpuso recurso extraordinario casación causa no. 133 – 98 y la Corte Suprema de Justicia, con fecha 17 de noviembre del año 1998 resolvió: declara la anulación de la sentencia proferida por el tribunal séptimo de sentencia penal y ordena el reenvío, el motivo fue la falta de fundamentación al no tener una clara y precisa relación de los fundamentos de la sana crítica, que se tuvieron en cuenta para valorar la prueba y los fundamentos que indique un fallo de condena. En el nuevo juicio se les impuso 50 años de prisión.

2. Caso: Por violación a ley sustantiva (condenado a muerte por presunciones): Rigoberto Aragón Jacobo

fue condenado a pena de muerte por los delitos de asesinato, asesinato en tentativa y hurto, la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones falló declarando sin lugar el recurso de apelación especial y confirmando el fallo de primer grado, contra esta sentencia se interpuso recurso de Casación y el 5 de noviembre del año 1998 por recurso extraordinario de casación identificado con el numero 112 – 98 declara con lugar el mismo, casa parcialmente el fallo e impone la pena de 50 años de prisión al conmutarle la pena de muerte. Se resalta parte de la argumentación

Si existe un motivo para casar el fallo impugnado porque existe falta de aplicación de la norma constitucional relacionada, en efecto, de haber sido aplicada la misma la pena de muerte no hubiere sido impuesta, toda vez que en autos no existe la prueba directa requerida para el efecto, ya que la condena se fundo en un mero proceso lógico deductivo del tribunal sentenciador, el cual partió de algunos hechos conocidos para luego extraer de ellos otros desconocidos, lo cual claro esta, es permitido por la ley como medio de prueba pero es prohibido expresamente por la Constitución Política de la República para fundamentar la condena a muerte de una persona.

Recursos de Casación fueron acumulados en las causas 175 y 193 del año 1998, la Corte Suprema de Justicia acoge el recurso de casación interpuesto por motivo de fondo a favor de los condenados a muerte por el delito de plagio o secuestro robo agravado y asesinato en contra Danowin Lisandro Juárez, José Odid García Hernández y Miguel Ángel Castro Landaverde, y conmuta la pena capital por pena de prisión.

Por acción constitucional de amparo:

Durante la lucha contra las sentencias que contenían la pena capital, se acudió a la Corte de Constitucionalidad por medio de las acciones constitucionales de amparo o de apelación de amparo. A continuación se cita un caso importante, por la interpretación que el tribunal constitucional le da a la figura del delito de Plagio o Secuestro y la pena a imponer cuando la víctima no fallece como producto del hecho criminal.

Expediente 30 – 2000, la Corte de Constitucionalidad constituida en Tribunal Extraordinario de amparo con fecha treinta y uno de octubre del año dos mil, resolvió otorgar amparo a Alfredo Carrillo Contreras y como consecuencia, A) lo restablece en la situación jurídica afectada, b) deja en suspenso en cuanto al reclamante, la sentencia del 26 de noviembre de 1999 emitida por la CSJ que declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el condenado y que confirma el fallo de la sala 4ta. de la Corte de Apelaciones, c) para que el fallo adquiera efectos positivos, la autoridad impugnada deberá reponer la sentencia dejada en suspenso, emitiendo la que corresponda coherentemente con lo que quedó considerando en la presente resolución, en el sentido de que el delito de plagio o secuestro no seguido de la muerte de la víctima, no tuvo prevista pena de muerte en el artículo 201 del Código Penal, vigente al momento en que la Convención Americana sobre Derechos Humanos vinculó normativamente al estado de Guatemala, d) se conmina a la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, para que dé exacto cumplimiento a lo ordenado dentro del plazo de cinco días a la fecha en que reciba su ejecutoria y los antecedentes respectivos bajo apercibimiento de que en caso de incumplimiento se le impondrá multa de mil quetzales a cada uno de los miembros que la integran, sin perjuicio de las demás responsabilidades legales.

Por medio de indulto, gracia o conmuta:

Pedro Rax Cucul, indígena de la etnia Quechí de Alta Verapaz, fue condenado a pena de muerte por el delito de asesinato por el Tribunal

de Sentencia de Cobán Alta Verapaz, quien declaró primero sin abogado y posteriormente, ante Juez competente pero sin entender el idioma español y sin la asistencia de un intérprete. La defensa en materia de impugnaciones estuvo a cargo del Dr. Edgardo Enríquez Cabrera, quien en su oportunidad procesal planteó todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el caso ameritaba, incluso se acudió a la acción constitucional de amparo y el tribunal así se pronunció: denegando el amparo e imponiendo una multa al abogado patrocinante, José Arrigo Sáenz Lara, de cincuenta quetzales. Ante el agotamiento, se acudió al Recurso de Gracia solicitándosele al ex - Presidente de la Republica de Guatemala, Alfonso Antonio Portillo Cabrera. Y el día 31 de mayo del año 2000, por acuerdo gubernativo número: 236 – 2000, el presidente concede la gracia al reo condenado a muerte.

Por recurso extraordinario de revisión:

Para mitigar el rigor de la cosa juzgada, el derecho procesal penal vigente contempla el recurso extraordinario de revisión, que procede contra la sentencia firme y ejecutoriada con autoridad de cosa juzgada. Es un recurso extraordinario, técnico, debe presentarse por escrito, ante la Corte Suprema de Justicia Cámara Penal, plazo para su presentación no hay, puesto que puede presentarse durante tiempo de cumplimiento de la condena y se encuentra regulado en el artículo 453 del Código Procesal Penal.

Este recurso procederá en todo tiempo y a favor del imputado cuando nuevos hechos o elementos de prueba, por sí solos o en conexión con los medios de prueba ya examinados en el procedimiento, sean idóneos para fundar la absolución del condenado o una condena menos grave, por aplicación de otro precepto penal distinto al de la condena, u otra decisión sobre una medida de seguridad y corrección, esencialmente diversa de la anterior.

En la práctica resulta ser un recurso difícil de presentar ya que la obtención del hecho o elemento de prueba con características de nuevo (no se conocía) es complejo. En la Unidad de Impugnaciones se ha intentado

presentar por muchos motivos pero son pocos los que prosperan, sin embargo en el tema de la pena de muerte el recurso de revisión ha sido un éxito y la prueba fue basada en las sentencias de la Corte IDH; a continuación algunos casos con resultado favorable:

(Con La sentencia Corte IDH de Fermín Ramírez Ordóñez)

1. Mario Huales. 2. Vicente Huales. 3. Edgar Iván Zeceña Aguilar. 4. Juan Pablo Rafael Eduardo Ocampo Alcalá. 5. Santos Hernández Torres. 6. Dimas Samayoa García. 7. Adolfo Rodas Hernández.

(Con la sentencia Corte IDH de Ronald Ernesto Raxcacó Reyes)

1. Humberto Portillo González. 2. Marvin Aroldo Ramos Rosales. 3. Samuel Antonio Cogox Reyes. 4. Moisés Santizo Ola. 5. Waldemar Hidalgo 6. Miguel Ángel López Calo. 7. Miguel Ángel Rodríguez Revolorio. 8. Bernardino Rodríguez Lara. 9. Carlos Enrique Chun Choc. 10. Gustavo Adolfo Carranza Castañeda. 11. Ramiro Giovanni Padilla Marroquín. 12. Antonio Israel Jiménez Godínez.

Observaciones: Los condenados Gustavo Adolfo Carranza Castañeda, Carlos Enrique Chun Choc y Ramiro Giovanni Padilla Marroquín, fueron condenados a muerte por el delito de plagio o secuestro con resultado de muerte de la víctima, estos tres casos fueron los más complejos y difíciles de tramitar y cuyo resultado fue satisfactorio. Revisiones presentadas por las Defensoras, Ms. Jeydi Maribel Estrada Montoya y Licenciada Zoila América Ordóñez de Samayoa

Por medio del litigio internacional:

Se tomó la decisión de acudir y acceder al Litigio internacional, como último recurso y como mecanismo para enfrentar los fallos de pena de muerte que contienen violaciones a garantías fundamentales y es así como el defensor público de los condenados a muerte: Fermín Ramírez Ordóñez y Ronald Ernesto Raxcacó Reyes, acude a la Comisión Interamericana a presentar los dos casos ante el sistema Interamericano.

PRIMER CASO ANTE EL SISTEMA:

Caso Fermín Ramírez vs el Estado de Guatemala ante la CIDH

Defensor Público. Dr. Reyes Ovidio Girón Vásquez.

Antecedentes:

Al sindicado se le procesó por el siguiente hecho “el día 10 de mayo de 1997 ocurrió la violación y muerte de Brindri Yasmín Franco Torres, de 10 años, el hecho se produce en la aldea Las Morenas, Iztapa, Escuintla, el hecho que se le sindicó al señor Ramírez Ordóñez, es calificado de violación.

Sin embargo, en los días 5 y 6 de marzo de 1998 se llevó a cabo el debate oral y público en donde el Tribunal de Sentencia Penal, del departamento de Escuintla dicta sentencia condenándolo a pena de muerte por el delito de asesinato de la menor. Como es evidente, esta persona fue procesada y acusada por el delito de violación, y el tribunal sentenciador le cambia la calificación jurídica al delito de asesinato sin advertencia previa y le impone la capital.

El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso de Fermín Ramírez Ordóñez, fue presentado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la Comisión IDH, señalando las violaciones concretas en el proceso contra el peticionario Fermín Ramírez Ordóñez y con fecha 20 de junio de 2005 en que la Corte IDH dictó sentencia en el caso Fermín Ramírez vs. el Estado de Guatemala, fallo que involucró a los tres poderes de Estado:

- Al Poder Judicial: Ordenó al declarar la existencia de una violación al debido proceso en el caso, el anular la sentencia y repetir el debate, dictar un nuevo fallo ajustado a derecho sin imponer pena capital.

- Al Poder Ejecutivo: Revisar las condiciones carcelarias, brindarle asistencia médica y psicológica.
- Al Poder Legislativo: regular el indulto o conmuta y reformar el arto. 132 del Código Penal, en el apartado de la especial o particular peligrosidad social requisito para la imposición de la pena capital. Aun está pendiente.

SEGUNDO CASO ANTE EL SISTEMA:

Caso Ronald Ernesto Raxcacó Reyes contra el Estado de Guatemala ante la CIDH

Defensor Público de Impugnaciones. Dr. Reyes Ovidio Girón Vásquez

Antecedentes:

A Ronald Ernesto Raxcacó Reyes, se le condenó a la pena de muerte por el secuestro del menor Pedro de León Wung, junto a los otros condenados Jorge Murga Rodríguez y Hugo Ruiz. Es un caso de secuestro sin muerte de la víctima. La Comisión Interamericana presentó la demanda, a fin de que la Corte decidiera si el Estado de Guatemala, incumplió sus obligaciones internacionales e incurrió en violación de los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, todos ellos en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de dicho tratado. Dicha pena no se encontraba prevista en la ley al momento en que Guatemala ratificó la Convención Americana; la pena desproporcionada que se le impuso; las condiciones carcelarias en las que se encuentra, y la presunta ineffectividad de los recursos judiciales que se plantearon ante los tribunales locales. Con fecha 15 de septiembre del año 2005 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dicta sentencia en la cual establece

que El Estado de Guatemala, es responsable de las violaciones denunciadas y este fallo impacta a los 3 poderes:

Efectos del fallo:

1. Al Organismo Judicial: ordena que debe anular la sentencia y repetir el juicio, dictando una nueva sentencia, sin imponer la pena capital.
2. Organismo Ejecutivo: revisar las condiciones carcelarias y ordena brindarle asistencia médica y psicológica.
3. Legislativo: reformar el artículo 201 del Código Penal y regular el recurso de gracia, indulto conmuta o amnistía. Aun esta pendiente.

Algunos defensores públicos que han logrado la conmuta:

1. Jorge Ulises Stockes Brown. (Coordinador departamental)
2. Mario Obdulio Reyes Aldana. (Coordinador de abogados de oficio)
3. Ana Patricia Secaida. (Supervisora)

Defensores de la Unidad de Impugnaciones que obtuvieron conmutas de la pena de muerte por pena de prisión:

1. Dr. Reyes Ovidio Girón Vásquez.
2. Dr. Edgardo Enrique Enríquez Cabrera.
3. Licenciado Carlos Alberto Villatoro Schunimann.
4. Licenciado Carlos Alberto Ovalle Chávez.
5. Ms. Jeydi Maribel Estrada Montoya.
6. Licenciada María Dilma Micheo Alay.
7. Dr. Gustavo Adolfo Cárdenas Díaz.

8. Ms. Lidia Eloisa Quiñonez Oajaca
9. Ms. Maria Aurora Fernandez Bonilla de Aguilar. Y;
10. Nydia Lissette Arevalo Flores de Corzantes.

7. Situación actual de las penas de muerte en Guatemala:

Luego de una intensa y constante lucha, se puede decir que en Guatemala, no hay penas de muerte vigentes, todas fueron conmutadas, incluso, el efecto de las revisiones alcanzaron a aquellos condenados a pena capital que actuaban con defensa particular. Actualmente, se encuentra en una moratoria de hecho, ya que desde el año 2000, no se ejecuta ninguna pena capital y las que estaban vigentes fueron conmutadas, además, por el momento ningún tribunal ha condenado a muerte a otro sindicado, la última condena se reportó en el 2010. Pero, lo anterior, no es motivo para estar tranquilos, ya que al estar vigente esta pena, habilita a cualquier Juez de la República para que pueda condenar a pena de muerte.

En conclusión:

El reto se logró, ya que se conmutaron todas las penas de muerte y esto fue gracias al trabajo constante y tenaz del equipo de Abogados Defensores de la Unidad, con quienes se tiene el privilegio y el honor de trabajar y compartir el mismo ideal; colegas que nunca bajaron la guardia, lejos de eso, siempre estuvieron un paso adelante de los posibles fallos, realizando una labor digna de admirar y respetar, se hace ver también, que fueron apoyados por sus asistentes quienes igualmente identificados con la misión, de defender a las personas condenadas y asignadas a dicha unidad, tarea que no se puede dejar de patentizar y admirar.

Por otra parte, evidente es que la labor no ha terminado, se estima que la pena de muerte debe ser abolida del ordenamiento penal vigente y esto será la siguiente labor.-

BIBLIOGRAFÍA

1. LA PENA DE MUERTE EN GUATEMALA Un estudio político criminal, criminológico y dogmático – Alejandro Rodríguez Barillas. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales, Primera Edición 2002 Tercera reimpresión 2006. Editorial Rukemik Na'ojil.
2. PENA DE MUERTE EN GUATEMALA Y DERECHOS HUMANOS.- Luis Alexis Calderón Maldonado. Editorial: Sistema técnico de impresos, S. A. 1999.
3. PENA DE MUERTE. (Fundación Mirna Mack) – Enrique Gimbernat Ordeig. Jaime Esponda Fernández, Jaime Maldonado Paredes, Antonio. Bovino, Alberto. María Fernanda López Puleio, Guatemala. Fundación Myrna Mack. 1998.
4. ESTUDIOS PROCESALES. Jorge Fábrega P. Tomo II. Panamá 1990.
5. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Hernando Devis Echandía. Editorial ABC, Bogota – Colombia. 1972.
6. DE LAS PRUEBAS PENALES. Eugenio Florián. Tomo II tercera edición. Editorial Temis S. A. Santa Fe de Bogotá – Colombia. 1998.
7. TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA. Jorge Fábrega P. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. S. A. Santa Fe de Bogotá – Colombia. 1997.
8. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL. Jesús Pérez González. Editorial Civitas Madrid España. 1984.

9. APELACIÓN ESPECIAL. Alejandro Rodríguez Barillas y Carlos Roberto Enríquez Cojulum. Editorial Rukemik Naojil. Guatemala. 2005.
10. EL RECURSO DE CASACION PENAL. Fernando de la Rua. Editorial de Palma Buenos Aires Argentina. 1996.
11. DERECHO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO. César Barrientos Pellecer. Editorial Magna Terra editores, Guatemala, 1995. -



**EL NEOCONSTITUCIONALISMO
Y LA CRISIS DEL PROCESO
PENAL GUATEMALTECO**

EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA CRISIS DEL PROCESO PENAL GUATEMALTECO

Lic. Hans Aarón Noriega Salazar

REFLEXIONES PRELIMINARES: LA CRISIS DEL PROCESO PENAL GUATEMALTECO

Recientemente se celebró por parte de autoridades del sector justicia algunas jornadas académicas para conmemorar los XVIII años de vigencia del Código Procesal Penal. Se expuso por parte de disertantes tanto nacionales como extranjeros una serie de razonamientos por los cuales dicho acontecimiento implicaba un notorio avance en la forma en la que se administra justicia penal en el país; se pasaba según se dijo de un sistema inquisitivo a uno de carácter acusatorio en el que prevalece el respeto a los derechos humanos, al debido proceso, la presunción de inocencia, la objetividad, imparcialidad al momento de juzgar. Salvo honrosas excepciones las intervenciones se hicieron con un ánimo de exaltar todas las bondades de este sistema y de presentarlo como un modelo a imitar, como un significativo avance.

Cuando se escuchan estos elogios al sistema de justicia penal pareciera estar escuchando la caracterización del modelo en otro país; expresiones como “ha sido difícil el cambio pero se va por buen camino”, “que existen significativos avances”, “que se respetan los derechos de la persona sometida al sistema y que ahora se cuenta con el plus de mejores herramientas de protección a los derechos de la víctima.” Estas afirmaciones resultaban alejadas de la realidad; y es que, como defensores públicos se ha logrado apreciar, que no se está ingresando a una profunda crisis en la forma en que se administra justicia penal en Guatemala, sino que siempre ha sido elemento esencial de la forma en la que el Derecho penal se materializa en el país.

El sistema de justicia penal como se conoce a la fecha empezó mal; desde la falta de certeza de su vigencia, en la que los funcionarios que integraban en ese momento los entes de justicia penal ni siquiera estaban seguros de que realmente se operaría el cambio de sistema, hasta la escasísima capacitación con respecto al modelo que se pretendía implementar. Esto trajo como consecuencia que cierto distinguido docente universitario y magistrado del poder judicial explicara como: “la falta de preparación en lo referente al nuevo sistema procesal penal ha obligado a que la ley adjetiva se utilice en la práctica como un libro de recetas en el que sobre la marcha se va resolviendo cada caso, cada situación acudiendo individualmente a establecer lo que la norma dice al respecto”.

En la actualidad la situación ha empeorado con cárceles que han sobrepasado el límite de sus capacidades, motivado esto por el hecho de que la prisión preventiva como excepción es algo difícil de encontrar, por otro lado la mora judicial motivada entre otras muchas razones por la falta de objetividad al momento de investigar y procesar, por incumplimiento judicial en la obligación de ejercer control sobre el ejercicio de la persecución y acción penal, por la falta de argumentación y fundamentación adecuada de la defensa y ante las excepciones a este postulado el choque intransigente del fallo judicial que en una considerable cantidad de ocasiones desconoce criterios adecuados de interpretación o bien no razona técnicamente la aplicación del derecho. La realidad habla por sí sola y poco puede celebrarse un aniversario más de la existencia de un instrumento que como tal no es malo, pero que simplemente no se ha podido o querido aplicar de acuerdo a los principios democráticos y garantistas que lo inspiran, esto por un lado, y por el otro se ha saturado de reformas que hacen difícil su operatividad, sugieren contradicciones ambigüedades o falta de certeza.

En ese orden de ideas se dice que el sistema penal se caracteriza por una crisis que para los efectos de este trabajo pretende explicar sistematizadamente de acuerdo a las dos razones siguientes:

a) Las reformas legales que modifican el sistema penal en sus ámbitos sustantivo y adjetivo.

b) La forma en que se interpreta y aplica la ley por parte de los jueces.

Se hace referencia brevemente a cada uno de estos aspectos:

A) LAS REFORMAS AL SISTEMA PENAL: Más allá del alcance, poca claridad, reformas asistemáticas y constantes, las modificaciones que se han venido operando en el sistema penal guatemalteco lo han impregnado de elementos característicos que identifican o hacen pensar en retrocesos y una severa crisis de la forma en que se administra justicia penal en el país. En efecto, tanto en sus ámbitos sustantivo como procesal los cambios no han sido para mejorar, salvo contadas excepciones; por el contrario, cada vez más se habla de un derecho penal desde una perspectiva limitadora de las libertades o del debido proceso, en la que la constante es de elementos que limitan la presunción de inocencia, el debido proceso, la imparcialidad del juzgador, etc.

Sin entrar a mayores detalles, en lo referente a la crisis del sistema penal y cómo la creación de leyes ha contribuido a agravarla se pueden mencionar: el establecimiento de tribunales especiales para conocer casos considerados como “de mayor riesgo” a los cuales se les asigna competencia para conocer de los delitos considerados graves.

Como se recordará, una de las bondades pregonadas por el cambio a lo que se dio en llamar un proceso penal de carácter acusatorio, era el hecho de que algo tan importante como la decisión sobre bienes jurídicos tutelados tales como la vida o la libertad de la persona sometida a persecución penal ya no era sujeta a consideración de uno sino de tres jueces, en cuyos casos era menos probable (por ser un tribunal colegiado,) la posibilidad del error judicial. Tal y como se ha mencionado en algunas disertaciones académicas podría considerarse un retroceso que la responsabilidad penal de una persona en algunos casos (tales como la competencia de los jueces de paz en delitos menos graves o la de los jueces unipersonales) sea discutida por un órgano unipersonal.

¿Quién tiene más probabilidades de equivocarse en la aplicación del derecho un órgano jurisdiccional unipersonal o el colegiado? Se infiere que las decisiones colegiadas poseen mayor análisis, discusión, consenso y objetividad al momento de juzgar. Entonces lógico es pensar que la garantía de juez objetivo e imparcial se ve disminuída sensiblemente con los retrocesos ya señalados.

Por otro lado, los métodos de investigación contenidos en la Ley Contra la Delincuencia Organizada de los cuales algunos se discute su constitucionalidad, tal el caso de las escuchas telefónicas o bien su moralidad, como ocurre con el colaborador eficaz por el cual una persona que en la mayoría de los casos es tan responsable como los demás miembros del grupo delictivo organizado, por el solo hecho de delatar a sus compañeros se ve beneficiado con impunidad, esto es un reflejo más de la necesidad utilitarista del Estado de presentar resultados en el ámbito de justicia penal que obviamente supone una severa crisis del sistema jurisdiccional.

Otro elemento característico de este apartado se encuentra en la creación de leyes que penalizan situaciones en los que la manifestación de la voluntad, la conducta (o acción como elemento del delito) todavía no es penalmente relevante. Para reforzar este argumento valga recordar que el principio de legalidad contenido en el artículo 17 constitucional establece que solamente serán punibles acciones u omisiones previamente establecidas en la ley como tales. Al recordar la definición de acción como elemento del delito se puede apreciar que ésta se refiere en términos generales a la manifestación de la voluntad que produce efectos o modifica el mundo exterior. Pues bien, ahora se pregunta si vulnera este postulado constitucional la inclusión de tipos penales como el delito de Conspiración contenido en el artículo 3 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, en ella se penalizan situaciones que no han producido una modificación, un cambio, una afectación al bien jurídico tutelado. Por supuesto, dichas normas siendo inferiores jerárquicamente a la de carácter constitucional devendría su discusión anulatoria a través del procedimiento constitucional específico que para el medio lo es la acción de inconstitucionalidad.

Ahora bien, cómo contribuyen normas como la citada a agravar la crisis del sistema de justicia penal; lógico es pensar que su creación por el legislador, pero sobre todo su aplicación por parte de los jueces resta valor a la Constitución, debilita el principio de jerarquía normativa y supone la preeminencia del poder sobre el derecho, esto de acuerdo a lo que luego se analiza como constitucionalismo y neoconstitucionalismo implica la prevalencia de la norma por sobre el poder.

B) LA FORMA EN LA QUE SE INTERPRETA Y APLICA LA LEY POR PARTE DE LOS JUECES: Hace casi quince años, cuando se discutía con un juez respecto a la legalidad de una sentencia, se señaló que si ellos aplicaran estricta legalidad en todos los casos sometidos a su conocimiento aproximadamente un 90 por ciento de las sentencias serían absolutorias. Esta confianza, no por ser escandalosa deja de ser cierta, y llama a la reflexión con respecto a la realidad y crisis que se vivió casi desde el inicio de este sistema procesal y que subsiste a la fecha. Y es que, como defensores públicos, los planteamientos de análisis técnicos de la ley son la labor cotidiana, pero estos colisionan ó impactan con los criterios retorcidos, antojadizos, faltos de técnicas argumentativas y en general carentes de toda fundamentación de una gran cantidad de titulares de los órganos jurisdiccionales.

La norma aparte de estar mal construída es mal interpretada y por consiguiente mal aplicada; se pensará como principio pragmático que es preferible retorcer el contenido y aplicación de la ley a que se genere impunidad. Si se analiza este fenómeno a corto plazo podrá ser adecuado para los efectos del encarcelamiento de personas que de una u otra forma son responsables de uno u otro delito, pero si se pondera o valora desde una perspectiva general esta crisis, esta anarquía del sistema penal tarde o temprano puede convertirse o se ha convertido mejor dicho en un monstruo de mil cabezas del que no se puede escapar nadie.

Un análisis de la realidad ha permitido apreciar lo que ha ocurrido en el caso de algunos juzgadores que, en un momento dado, han dictado resoluciones en su mayoría afines a la pretensión punitiva del Estado; sin

embargo, vale reflexionar qué ha pasado cuando en un caso mediático o paradigmático se han apartado de este criterio resolviendo contrario a estos requerimientos, pues que de una u otra manera sale a relucir el linchamiento mediático, el etiquetamiento de que se dictan resoluciones prevaricadas, contrarias a derecho o, que las mismas se han producido ilegalmente por diversas razones. Se ha cuestionado la legalidad de las resoluciones e incluso se ha marcado a su autor de cometer el delito de prevaricato o violación a la Constitución cuando la misma ni siquiera ha sido revisada en el marco del control jerárquico judicial, es decir no ha sido revisada por un tribunal de alzada. El mismo sistema al que de una u otra forma se ha contribuido en crear se ha vuelto en su contra.

En otras realidades la función del juez y lo que este representa para la sociedad se tienen en alta estima, las decisiones dictadas por los letrados son objeto de estudio, análisis y método para la enseñanza del derecho en las universidades. Sus sentencias fruto de la adecuada utilización de los métodos de interpretación son respetadas por ser manifestación de la voluntad ciudadana de hacer justicia, además de que reflejan un sabio análisis del hecho sometido a su conocimiento y la debida prudencia (jurisprudencia) al momento de interpretarlo para su aplicación. En el país habría que preguntarse si tanto entre el gremio profesional como por la ciudadanía en general se producen este tipo de reacciones con respecto a la forma como administramos justicia.

El proceso penal, el sistema penal se encuentran en crisis y de la misma no son solamente responsables los jueces, son todos los operadores de justicia entiéndase fiscales, defensores privados y públicos, habitantes del país en general. ¿Por qué todos son responsables? por la inacción ante las decisiones que carezcan de técnica y fundamentación, por no argumentar ni fundamentar adecuadamente pretensiones, por no dotar ni exigir que las imputaciones o acusaciones tengan la adecuada, legal y pertinente probanza, por dejar que el ordenamiento jurídico inadecuado, ambiguo, contradictorio, vulnerador de la Constitución y sus principios sea el fundamento de las decisiones a lo que habría que agregar como ya se mencionó la utilización de criterios retorcidos de análisis y aplicación.

A contrario de esta realidad se puede afirmar que la Constitución se encuentra impregnada, como ya se ha mencionado, de principios y valores que deberían inspirar no solo el ordenamiento jurídico sino todo el actuar de los funcionarios públicos. Es por ello que se propone como pauta de análisis, reflexión y aplicación el neoconstitucionalismo como punto de partida para atacar la severa crisis que refleja el sistema de administración de justicia penal. Para entender mejor este planteamiento es necesario realizar algunas reflexiones de orden académico, lo que se hace a continuación.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO FORMA DE RESOLVER LA CRISIS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

Se considera importante traer a discusión algunos conceptos teóricos acerca de nociones básicas de este tema como lo son: el Constitucionalismo y Neoconstitucionalismo. Tradicionalmente se ha entendido el constitucionalismo como el ordenamiento jurídico de un Estado en el que todos sus postulados son regidos desde un ordenamiento normativo superior, que establece fundamentos para la estructura y organización de ese Estado, derechos fundamentales de sus habitantes, pero sobre todo la subordinación de esos poderes y las acciones que de él derivan a la ley en especial a la ley constitucional.

Para Luis Carlos Sachica¹ el Constitucionalismo es:

El esfuerzo por racionalizar el ejercicio del poder político sometiénolo a la ley, pretensión que equivale a transformar la fuerza la coerción, en una facultad regulada por normas jurídicas. O, con más precisión: llegar a un punto en el que quienes gobiernan solo pueden actuar cuando la ley los autoriza, de la manera, con los efectos y con los fines en ella previstos.

¹Sachica, Luis Carlos. Constitucionalismo Mestizo. Página 2

Aragón Reyes² al referirse al mismo señala “Puede ser entendido también como un fenómeno jurídico; la teoría y la práctica jurídicas del Estado auténticamente constitucional, es decir, del Estado efectivamente limitado por el derecho.” En todo caso se coincide en un aspecto de trascendental importancia para la comprensión del término constitucionalismo siendo este la subordinación del ejercicio del poder al mandato legal.

Lo anterior resulta comprensible, si se parte de la base que la Constitución en sí es un instrumento que históricamente implica contraposición, límite al poder absoluto y discrecional del monarca o gobernante. Para reforzar este planteamiento vale recordar que constituciones como la de los Estados Unidos de América nacen como una forma de oponerse al ejercicio del poder arbitrario sin limitación alguna y de proteger los derechos y libertades de sus habitantes.³ La Constitución guatemalteca por su parte establece en su artículo 152 que el poder proviene del pueblo. Su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por esta Constitución y la ley.

Ahora bien con respecto al Neoconstitucionalismo se considera que ésta constituye una nueva forma de apreciar la prevalencia de la norma constitucional, un nuevo modo de pensar, pero sobre todo de actuar en el sentido de hacer valer los principios, reglas y valores consagrados en el texto constitucional aplicándolos en todo el hacer estatal. Se pasa entonces a considerar a la norma suprema como el núcleo, el ordenamiento generador de un nuevo paradigma en el que la ley constitucional debe constituir el principio y fin de todo lo que se haga o deje de hacer en un Estado.

Para los impulsores o quienes reconocen la existencia de un sistema inspirado por postulados neoconstitucionalistas la dirección o rumbo va generalmente determinada por el actuar de jueces y magistrados, derivado esto, de su función de aplicar la ley al caso concreto y sobre la base de

²Aragón Reyes, Manuel. La Constitución Como Paradigma. Página 27.

³“Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer la justicia, garantizar la tranquilidad nacional, tender a la defensa común, fomentar el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros y para nuestra posteridad, por la presente promulgamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América.” Preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos de América.

hacer prevalecer la norma suprema, la de rango fundamental o constitucional. De ahí la necesidad de establecer mecanismos de protección o prevalencia de la norma constitucional con la instauración de celosos guardianes concentrados en tribunales constitucionales.

Al referirse al Neoconstitucionalismo el autor Barroso⁴ señala lo siguiente:

El nuevo derecho constitucional o neoconstitucionalismo se desarrolló en Europa, a lo largo de la segunda mitad del siglo XX y, en Brasil, en el periodo posterior a la Constitución de 1988. El ambiente filosófico en que se generó fue el del post-positivismo, teniendo como principales cambios de paradigma, en el plano teórico, el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, la expansión de la jurisdicción constitucional y la elaboración de diferentes categorías de interpretación constitucional.

Según se infiere entonces para el autor citado tres constituyen los principales aspectos que caracterizan teóricamente éste fenómeno a saber:

- a) Una mayor profundización con respecto al contenido y alcances del texto fundamental,
- b) El establecimiento de órganos de jurisdicción con competencia específica encargados de la defensa del principio de supremacía y,
- c) Un nuevo paradigma de análisis y determinación del sentido y aplicación de las normas constitucionales.

Para el constitucionalista Prieto Sanchís⁵ existen características que identifican al constitucionalismo a quien entiende como el Estado Constitucional contemporáneo (o neoconstitucionalismo,) siendo las siguientes: “valor en vez de norma, ponderación en vez de subsunción, omnipresencia de la constitución en vez de independencia del Derecho Ordinario y, finalmente omnipotencia judicial apoyada en la Constitución en lugar de autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución”.

⁴Barroso, Luís Roberto. El Neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho. Página 68.

⁵ Prieto Sanchis, Luis. Citado por Miguel Carbonell en: Sobre Constitucionalismo y Positivismo. Página 208.

Resulta claro entonces al marcar diferencias entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo señalar que el primero propugna por el sometimiento del ejercicio del poder al Derecho, una construcción del Estado sobre la definición de su estructura organizativa y el segundo implica según sus teóricos una saturación del actuar estatal, un cambio de paradigmas en cuanto al momento de aplicar e interpretar con preponderancia la norma fundamental anteponiendo los principios y valores al momento de declarar la ley al caso concreto, priorizando principios o valores en lugar de subsumir normas al caso concreto y por último estableciendo parámetros de injerencia jurisdiccional en todos los ámbitos de actuación del Estado.

Concretizando, según el estudio realizado existen criterios o elementos característicos que permiten identificar si un Estado encuentra influenciado su ordenamiento jurídico por postulados neoconstitucionalistas, a saber:

- a) Un nuevo ordenamiento jurídico constitucional dotado de rigidez, principios de supremacía, órganos de protección o defensa de ésta, así como un amplio espectro de protección y regulación de los derechos humanos.
- b) Una Constitución fuertemente inspirada de principios valores y reglas morales que señalan un diseño de lo que debe ser el Estado, lo que debe proteger, hacia dónde va. Una Constitución que no solo regula la estructura y organización del Estado sino que marca todo su actuar.
- c) La interpretación y aplicación de la normativa constitucional como primer elemento a tomar en cuenta por jueces y magistrados incluidos los de orden constitucional al referirse al caso concreto; esto incluye la ponderación de principios y valores incluso morales al momento de resolver.

Como consecuencia se habla de una constitucionalización de todos los actos del poder estatal o un fenómeno en el que la influencia, el actuar

de los jueces se encuentran regidas por el control de legalidad y constitucionalidad; jueces que aplican materialmente (y no solo formalmente) la Constitución en todas sus decisiones, como norma primaria, fuente de todo el ordenamiento jurídico, inspiradora del derecho ordinario, jerárquicamente superior a éste y por sobre todo que los faculta primero a interpretar la Constitución anteponiendo la protección a la persona por sobre el ejercicio del poder estatal por un lado, y por el otro, de desconocer la norma ordinaria que disminuye, tergiversa, se oponga o contradiga el texto fundamental.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO PROPUESTA O PUNTO DE PARTIDA DE SOLUCIÓN DE LA CRISIS DEL PROCESO PENAL GUATEMALTECO

Se menciona en el apartado específico que el neoconstitucionalismo implica la saturación, la impregnación, la influencia total no solo de los postulados constitucionales sino de los principios y valores en ella inmersos en todo el actuar estatal. En el ámbito judicial para hablar de este tema debería entenderse que las resoluciones judiciales partieran del presupuesto normativo fundamental es decir la norma constitucional y su decisión atendiera sobre todo el anteponer valor en vez de norma, principio en vez de directriz, en total hacer de la Constitución la principal herramienta normativa de aplicación al resolver, así como el desconocimiento incluso del precepto ordinario que de una u otra forma no se adecue al texto y contexto de la ley fundamental.

Por ahí habrá quien atendiendo a una muy conveniente estricta legalidad y, en una concepción positivista podría señalar que a los jueces solamente les corresponde aplicar la ley y no cuestionar su justicia, legitimidad o incluso constitucionalidad, que una norma solamente puede ser considerada nula de pleno derecho o inaplicable cuando existe la declaración expresa por parte del tribunal constitucional en el caso de Guatemala la Corte de Constitucionalidad. Valdría la pena recordar el contenido del artículo 204

constitucional que señala lo que en la doctrina del derecho constitucional se ha dado en llamar un control difuso de la constitucionalidad de las leyes, en la que en casos concretos sometidos a su conocimiento tienen obligación de hacer valer el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado.

Y es que acaso no ha ocurrido antes, que jueces con mucho valor, sentido de justicia, pero sobre todo garantes (como es la obligación de todos,) de la prevalencia constitucional han dictado resoluciones sin que medie inconstitucionalidad en caso concreto, en las que desconocen el contenido de la norma ordinaria en plena valoración del contenido del texto constitucional; a continuación se detallarán algunos ejemplos que han podido apreciarse personalmente:

a) La disposición procesal, contenida en el artículo 370 de la ley adjetiva penal señala que si el acusado se abstiene de declarar en el debate o se contradijere con anteriores declaraciones se podrá ordenar la lectura de éstas. Pregunta: ¿Se cumple esta disposición a la fecha? la verdad es que no, y se debe a la sana práctica judicial; cuando a principios de este sistema procesal penal se intentó hacer valer esta norma por parte del Ministerio Público encontró como respuesta, el acertado criterio judicial, que la misma contravenía el derecho constitucional del acusado de no declarar en su contra y de abstenerse de hacerlo si se consideraba oportuno.

Como se puede apreciar no hubo declaración de inconstitucionalidad general (parcial) de dicho precepto ordinario, no fue planteada la inconstitucionalidad en caso concreto, sin embargo, en aplicación del artículo 204 constitucional los jueces de oficio desconocieron (y se sigue haciendo a la fecha) el contenido de la norma ordinaria.

b) La facultad que tenían los jueces en el debate de interrogar a testigos, peritos y aún al propio acusado, que devenía de preceptos procesales ordinarios (a la fecha ya derogada,) era no utilizada por algunos jueces de sentencia por considerar que al dirigir interrogatorio vulneraba el principio constitucional de imparcialidad, los hacía inclinarse por las pretensiones de una de las partes y asumir funciones propias del ente

encargado de la persecución penal. Vale hacer la aclaración, en relación a esta situación, que la regla general era la aplicación de este artículo por parte de la mayoría de jueces, sin embargo, honrosas excepciones detallaban un criterio que ponderaba la aplicación de la norma constitucional por sobre la ordinaria, desconociendo esta, inaplicándola.

c) En lo referente a la producción por parte del tribunal de la prueba nueva de oficio y la reapertura del debate para la producción de prueba normados en los artículos 381 y 384 del Código Procesal Penal. En contadas ocasiones algunos tribunales señalaron que estas normas contravenían el texto constitucional, sobre todo por la reflexión que impuso a los jueces la impugnación de este tipo de decisiones, que descansaba sobre la tesis de contravención al principio constitucional de presunción de inocencia, imparcialidad al juzgar y la división de competencias o funciones que distingue entre las que corresponden al juez y al fiscal. En suma, pocas, escasas o contadas ocasiones, pero existieron decisiones de jueces que desconocían este precepto por contradecir los principios, reglas o valores plasmados en el contexto de la norma fundamental.

Ejemplos de estas prácticas los hay, la fundamentación constitucional existe, tal vez lo que falta es la labor orientadora que a través de la argumentación basada en la lógica jurídica se puede hacer como defensores públicos, porque al fin y al cabo ¿No ha sido esta siempre la labor de orientar a los jueces a través de pautas de valoración técnicas, coherentes, lógicas, por qué no decirlo científicas? La Constitución, los tratados y convenciones en materia de derechos humanos, la ley ordinaria (sobre todo la que no implica el abuso del poder estatal) son las herramientas, agregando como siempre se ha hecho la argumentación adecuada, la debida fundamentación, el pensar, el sentir, el razonar adecuadamente el derecho.

Las leyes se encuentran cargadas de insuficiencias, ambigüedades, nulidades que derivan de su inobediencia al precepto constitucional, de la falta de certeza y claridad, pero sobre todo de preceptos que van en contra del derecho que tiene todo ciudadano a un juicio justo, los criterios de aplicación e interpretación de las mismas son en ocasiones retorcidos y

manejados de acuerdo a elementos externos de apreciación que poco o nada tiene que ver con el respeto a los derechos del particular. El neoconstitucionalismo, el propugnar, procurar, luchar, hacer valer la prevalencia de los postulados fundamentales puede ser la herramienta que ayude a salir de esta dramática situación.

Ya se ha dicho que el sistema penal está en una severa crisis de credibilidad, de falta de garantías, de efectividad: Como defensor público siempre se ha pensado que se es el último baluarte entre la anarquía punitiva y el debido proceso, entre el ejercicio arbitrario del poder penal y el respeto a los derechos no decir de los delincuentes sino del ciudadano en general, en fin entre un sistema penal inquisitivo además de discriminador y lo que se pretende rescatar del proceso penal democrático inspirado en principios acusatorios. El esfuerzo vale la pena, y es que cuando se hace prevalecer el respeto de los derechos de la persona en un caso en particular se aporta un grano de arena más o ponemos otro ladrillo en el muro de defensa, de protección, de resguardo de la colectividad ante el uso arbitrario del poder.

La Constitución se encuentra fuertemente influenciada por principios, valores y reglas que privilegian el principio pro homine, que señala la prevalencia del valor de la personas y sus bienes jurídicos tutelados por sobre el ejercicio arbitrario del poder estatal. Prisión preventiva como excepción, presunción de inocencia como principio inspirador de todo el desarrollo del proceso penal, protección a los derechos fundamentales, respeto al derecho de defensa son solo unos cuantos de los principios, valores o reglas plasmados en el texto constitucional. Solo en la medida que no se pierda el espíritu emprendedor y analítico, la argumentación confrontativa pero debidamente fundamentada, la distinción entre lo legal, lo constitucional y lo justo. Solo en esa medida se seguirá siendo ese valladar. Seguir trabajando cada uno con ahínco, si no se hace, nadie más lo hará.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aragón Reyes, Manuel. La Constitución Como Paradigma. Biblioteca Jurídica Virtual Universidad Nacional Autónoma de México.
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/323/pl323.htm>
2. Barroso, Luís Roberto. El Neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho.
3. Carbonell, Miguel. Sobre Constitucionalismo y Positivismo. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.
http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/35706177436793617422202/isonomia08/isonomia08_12.pdf
4. Sachica, Luis Carlos. Constitucionalismo Mestizo. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, Núm. 29
Primera edición: 2002 DR © 2002. Universidad Nacional Autónoma de México.
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/323/pl323.htm>.
5. Prieto Sanchis, Luis. Citado por Miguel Carbonell en: Sobre Constitucionalismo y Positivismo.

LEYES:

1. Constitución Política de la República de Guatemala
2. Código Procesal Penal. Decreto 51-92 del Congreso de la República.
3. Ley Contra la Delincuencia Organizada. Decreto 21-2006 del Congreso de la República.

LEYES EXTRANJERAS:

Constitución de los Estados Unidos de América.

ALGUNAS CONSIDERACIONES DE DERECHO



ALGUNAS CONSIDERACIONES DE DERECHO

M.A. Pedro Pablo García y Vidurre

Con el objeto de compartir algunas experiencias en el ejercicio de la Defensa Técnica y por considerar que la carga de trabajo se ha incrementado fuertemente en los últimos años, debido a dos tipos penales que se analizan como lo son en primer lugar el DELITO DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, debido a que es necesario reflexionar los innumerables casos que se registran, pero qué consecuencias abran con la imposición de las penas a quienes se determina responsables en una sentencia; y en segundo lugar un breve análisis del DELITO DE PORTACION ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVA, que con su reforma se incrementó en forma desproporcional las penas y el espíritu de la ley se desvió, generalizando los casos en los cuales se debe intervenir; por lo que a continuación se hacen algunas consideraciones de derecho:

En cuanto al delito de violencia contra la mujer

Hoy por hoy se puede indicar que es uno de los tipos penales de moda y al cual se le ha dado una gran importancia, e implica un buen porcentaje de procesos en cada sede, y las cárceles públicas tienen un número considerable de reos, por estos delitos, al extremo de que el Organismo Judicial, ha estado creando Juzgados de Primera Instancia Penal para el Femicidio, utilizando erróneamente el término “para” en lugar de “contra” el Femicidio y Tribunales especiales para estos tipos penales; y algo muy curioso es que la mayoría son integrados por jueces mujeres, no es estar en contra de las mujeres, pues existen mujeres con una gran capacidad, sino que si la ley lo que busca es la igualdad de género, entonces pareciera que hoy las mujeres van a rebasar en derechos a los hombres y ahí no se va a equiparar al hombre respecto a la mujer, sino que solamente se busca la igualdad de género, cuando la mujer está en una posición inferior al Hombre.

Pero como se indicaba, se considera que existe una desigualdad al no incluir jueces hombres en los Tribunales contra el Femicidio, lo cual genera en algunos casos ciertos prejuicios de las juzgadoras en contra de los imputados, a tal extremo que la imparcialidad del juzgador en ocasiones es muy cuestionable y es que para comprender un ciclo de violencia y poder distinguir cuando se está ante un problema de pareja y cuando ante un delito de violencia contra la mujer, es necesaria la experiencia del matrimonio.

En la creación de Tribunales contra el Femicidio, es de señalar que no se crea un solo órgano jurisdiccional sino que éstos últimos implican prácticamente la creación de 3 Juzgados de Sentencia Unipersonales; lo que implica una desproporción en la operatividad del Organismo Judicial en relación al Instituto de la Defensa Pública Penal y Ministerio Público, pues debido a que en los últimos años no ha habido ningún incremento al Presupuesto asignado al Instituto de la Defensa Pública Penal, a pesar de que se han creado nuevas coberturas de servicio.

Lo anterior representa realizar milagros para que el Defensor Público pueda multiplicarse y cubrir audiencias en varios órganos jurisdiccionales, máxime cuando en la mayoría de ocasiones no se coordina la agenda de los tribunales, con las sedes departamentales del Instituto de la Defensa Pública Penal, pues debido a la multiplicidad de los Jueces Unipersonales, se dan traslapes de audiencias en la que un mismo Defensor tiene señaladas audiencias en distintos órganos jurisdiccionales, lo cual debe irse superando, para beneficio de una buena administración de justicia y para poder preservar el principio de continuidad en el ejercicio de la defensa. En el juzgamiento del tipo penal estudiado debe tenerse presente los Principios que limitan el Poder Punitivo del Estado.

Del principio de intervención mínima
El jurista Francisco Muñoz Conde indica:

El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto quiero decir que el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes

jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho. De aquí que se diga que el Derecho penal tiene carácter <subsidiario> frente a las demás ramas del Ordenamiento jurídico. Esta expresión, indudablemente equívoca, ha originado las más estériles polémicas. A mi juicio la <subsidiaridad>, <accesoriedad> o <secundariedad>, como también se le llama, del Derecho penal no es más que una de las consecuencias que se derivan del principio de intervención mínima.¹

Y es que para que intervenga el Derecho Penal debe darse intervención a otras ramas del derecho o a otros controles sociales, pues ya cuando se acude al Derecho Penal, las consecuencias son más severas y perjudiciales inclusive para el núcleo familiar en estos tipos penales, y es que la prevención de éste tipo penal pareciera que hubiera desaparecido y las instituciones que se han creado para evitar estos conflictos en la mayoría de casos brillan por su ausencia.

Se insiste que es necesario distinguir cuando se está ante un problema de pareja y cuando debe intervenir el Derecho Penal, en ese sentido la Ley para Prevenir, sancionar y erradicar la Violencia Intrafamiliar, Decreto Número 97-96 del Congreso de la República de Guatemala en el artículo 1 regula la violencia intrafamiliar: La violencia intrafamiliar, constituye una violación a los derechos humanos y para los efectos de la presente ley, debe entenderse como cualquier acción u omisión que de manera directa o indirecta causare daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o patrimonial, tanto en el ámbito público como en el privado, a persona integrante del grupo familiar, por parte de parientes o conviviente o exconviviente, cónyuge o excónyuge o con quien se haya procreado hijos o hijas.

La normativa anterior prácticamente refiere que para que actúe el Derecho Penal, primero debe de aplicarse la Ley citada anteriormente, salvo cuando el hecho sea constitutivo de delito o falta y además la

¹ Muñoz Conde, FRANCISCO. "Derecho Penal Parte General". 2ª. Edición. Tirant lo Blanch. Valencia 1996, Pág. 71.

Coordinadora Nacional para la Prevención de la Violencia Intrafamiliar –CONAPREVI- debe cumplir su función de PREVENCIÓN, y no como actualmente está operando donde únicamente el Estado ejerce una función de REPRESIÓN, cuando lo que se pretende es evitar estos tipos penales y no que las estadísticas vayan de aumento en aumento.

También es necesario para analizar este tipo penal lo que para el efecto regula la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem Do Para” que indica: “La violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” .Y esta Convención en el artículo citado define que se debe entender por violencia contra la mujer, que incluye la violencia física, sexual y psicológica, incluyendo como elemento el ciclo de violencia, al referirse al maltrato.

De lo anterior, se puede indicar, que no está claro en Guatemala, el límite de la actuación del Derecho Penal, y algo que llama mucho la atención es que se está perdiendo la aplicación del Principio de Intervención Mínima o de Ultima Ratio del Derecho Penal, pues únicamente los jueces, con el simple hecho de que el sujeto pasivo sea mujer, pariente y/o conviviente; cualquier hecho lo califican como VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, aunque no se den los elementos propios de este tipo penal, como: las relaciones de poder, la misoginia, el ciclo de violencia, (I Fase: aumento de la tensión, II Fase: Incidente Agudo de agresión y III Fase: Arrepentimiento y Comportamiento cariñoso o llamada la luna de miel y así sucesivamente este círculo de violencia); pues como siempre se ha indicado el Derecho Penal debe ser la última razón, luego de agotadas otras instancias, y debe tenerse una claridad en la distinción de un CONFLICTO DE PAREJA, a un Delito de Violencia Contra la Mujer.

En la mayoría de matrimonios siempre habrán conflictos leves, discusiones, derivado a tensiones o reacciones cuando la pareja esta ofuscada; que no por simplemente ofender en una ocasión a la mujer, se va a tipificar el hecho como un delito de violencia contra la mujer; pues

estos hechos son los que deben ser tratados por otras vías y no por el Derecho Penal y pueden arreglarse los conflictos en otras instancias como por ejemplo en la Iglesia, ante consejeros espirituales, ayuda psicológica, etc.

Además la ley específica es clara al indicar en el artículo 3 literales l) y m), que en el caso del delito de Violencia Contra la Mujer se refiere a varias acciones, por lo tanto deben haber varios sucesos, para que se configure el delito, de ahí el denominado CICLO DE LA VIOLENCIA, el Ministerio Público debe de imputar esas acciones, y probarlas, tanto en la primera declaración como en su respectiva acusación.

Es por ello que debe de aplicarse en primer término la Ley para Prevenir y Sancionar la Violencia contra la Mujer, (cuando los hechos no son graves, lesiones que no son constitutivas de delito, son prevenibles, y cuando el hecho es de gravedad, definitivamente ya se ha configurado el ciclo de violencia) ante los órganos competentes; si esta ley preventiva no evita la violencia intrafamiliar, entonces ahí debe de entrar a funcionar la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia Contra la Mujer.

En estos tipos penales, el Instituto de la Defensa Pública Penal, puede actuar en sus dos Mandatos Institucionales uno acompañando a la víctima de éstos tipos penales, constituyéndose en Querellantes y Actores Civiles, como lo regula el artículo 19 de la Ley Contra el Femicidio y el segundo resguardando el Derecho de Defensa y Debido Proceso de los Imputados.

Se debe tener claro, que aun cuando la propia ley indique que específicamente en el delito de VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, la acción es de carácter pública, también se debe tener presente, que en estos casos la Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 16 establece que NADIE ESTÁ OBLIGADO A DECLARAR CONTRA SÍ MISMO, NI CONTRA SU CÓNYUGE O PERSONA UNIDA DE HECHO LEGALMENTE, pues es muy común en estos casos que luego de presentar la denuncia, la víctima ya no quiere proseguir y colaborar con el Ministerio

Público, pero debido a que el delito es de Acción Pública, en ocasiones los fiscales y jueces, se roban el conflicto y aun en contra de la voluntad de la víctima y a pesar de reiterar que ya no va a colaborar con el Ministerio Público, se continúa ejercitando la persecución penal y cabe preguntarse ¿Cómo va a corroborar el Ministerio Público su acusación en el debate? si a la víctima no se le puede obligar a declarar.

También es de tomar en cuenta que en los Informes Psicológicos que se le practican a las víctimas, en la mayoría de ocasiones el psicólogo no le hace la advertencia constitucional contenida en el artículo 16, que no está obligada a declarar en contra de su cónyuge o pariente; por lo que se está ante una prueba pericial, que adolece de un defecto absoluto de forma conforme lo establece el artículo 283 del Código Procesal Penal, por violación a garantía constitucional, al no hacer la advertencia a la víctima y por lo tanto se estaría frente a una Prueba Ilícita conforme lo establecen los artículos 183 y 186 del Código Procesal Penal, y no debería de servir esta prueba o en su caso, el Medio de Investigación para fundar una decisión.

Es importante señalar en éstos casos la doctrina asentada por la Cámara Penal en el Recurso de Casación Número 01004-2012-00918, sentencia de fecha 9 de abril del 2012, en la que se indica:

Carece de fundamento jurídico la subsunción de un mismo hecho en dos delitos cuando se afecta a una sola persona y se lesiona un solo tipo delictivo, porque atenta contra el principio de ne bis in ídem, al poner un mismo hecho varias veces a cargo del mismo autor. Este es el caso, cuando el tribunal sentenciante tipifica dos delitos de violencia contra la mujer con base en que el artículo 7 de la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, que lo define, establece penalidades distintas según se de por violencia física o sexual, o por violencia psicológica, ya que, el desvalor delictivo plasmado en los elementos del tipo que contiene una mayor pena destruye o extingue el que corresponde al que tiene la menor pena, en este caso el que se configura por violencia psicológica.

Haciendo un resumen de este caso el Tribunal de Sentencia Penal de Delitos de Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer del departamento de Guatemala, tribunal especializado, condena a una persona por un delito de violencia contra la mujer en su forma física y un delito de violencia contra la mujer en su forma psicológica, es decir dos delitos, por un mismo hecho, el defensor apela argumentado concurso ideal de delitos, la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, resuelve, que el Concurso es Real y No Ideal, y se deben imponer las penas respectivas para cada delito, y la Honorable Cámara Penal, resuelve que no debe vulnerarse el principio de *ne bis in idem*, y que no hay ningún tipo de concurso, sino que el delito mayor debe subsumir al delito menor, en este caso el delito de violencia contra la mujer, en la forma psicológica e impone la pena mínima 5 años conmutables y la conmuta a razón de Q.5.00 diarios.

Doctrina que el defensor debe tener presente para casos similares, y en los casos que se tipifican como delitos de violencia contra la mujer en forma continuada, ir sentando precedentes, de que se trata de un ciclo de violencia, y por lo tanto no puede configurarse este tipo penal en forma continuada.

También debe de considerarse que en éstos delitos, en muchas ocasiones el Defensor encuentra obstáculos, al existir algunos jueces, que aplican la ley en forma fría e irreflexible; en casos que son de intrascendencia, pequeñas discusiones, y las tipifican como delito de violencia contra la mujer; aun oyendo a las propias agraviadas que piden que su esposo obtenga la libertad, pues de él dependen económicamente tanto ella como sus hijos; algunos jueces son tan insensibles que prosiguen los procesos; generando con esas acciones una desintegración familiar, atentando contra los principios constitucionales que protegen la familia en los artículos 47 y 56 de la Carta Magna.

Debe analizarse cada caso concreto y privilegiar la protección de la familia a castigar a una persona, pues inclusive la propia Ley Contra el Femicidio en su artículo 2 indica: “Esta ley se aplicará cuando sea vulnerado el derecho de la mujer a una vida libre de violencia en sus diferentes manifestaciones, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Por lo que cuando la víctima, en el delito de violencia contra la mujer, en hechos intrascendentes ya no quiere colaborar con el Ministerio Público; resulta perjudicial robarse el conflicto y saturar las cárceles públicas, desintegrando familias, que pasan penurias económicas y muchas veces hambre los hijos, cuando el conflicto ya está resuelto, pues al final en estos conflictos quienes sufren la pena accesoria, son los hijos y la esposa.

A continuación se comparten algunos casos sui generis que han sucedido en la cuna del sol:

a) A un hombre (aunque la ley no indica quién es el sujeto activo de éste delito, todas las féminas han indicado que no puede ser una mujer el sujeto activo, aun cuando hay ocasiones en las que mujeres ejercen violencia psicológica en contra de otras féminas) que estaba casado con una señora, quién tenía mayor edad que él; decide dejarla y plantear la demanda de divorcio, por lo que la cónyuge decide plantear una denuncia por el delito de violencia contra la mujer en su forma de “violencia psicológica”, y se le persigue penalmente y se le liga a proceso, sin derecho a medidas sustitutivas.

b) El caso de una pareja que contrae matrimonio y a los quince días de celebrado el matrimonio; el marido viaja solo a Estados Unidos de América, y deja de tener comunicación con su esposa, cuando regresa de Estados Unidos de América, no le avisa a la esposa y ella lo encuentra, y cuando se ven, él le indica que no la quiere, y que no tendría hijos con ella; por lo que presenta denuncia y se liga a proceso al imputado por violencia contra la mujer en su forma psicológica; y

c) Una pareja que la esposa es mayor que el marido, y tienen hijos, pero al pasar el tiempo el marido se separa de la esposa, y ella le reclama que lo había ayudado durante varios años y le pagaba de esa forma, por lo que presenta su denuncia y oportunamente se liga a proceso al imputado por el delito de violencia contra la mujer en su forma psicológica.

Así hay innumerables casos en los cuales se puede observar que el Derecho Penal, debería ser la última razón para resolver estos pequeños conflictos.

En este sentido el jurista Santiago Mir Puig, indica: “Para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal antes de acudir a éste, que en este sentido debe constituir un arma subsidiaria, una ultima ratio. Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada Política social.”²

Por último es de señalar que debido a las penas que específicamente tiene previstas el delito de violencia contra la mujer, en el artículo 7 de la Ley contra el Femicidio que son: en caso de violencia física o sexual de 5 a 12 años, y en caso de violencia psicológica, de 5 a 8 años; por lo que derivado a dichas penas, la mayoría de jueces no otorgan la aplicación de criterios de oportunidad, salvo algún juez, garantista que atendiendo al caso concreto y a la mínima participación del imputado, si se atreva a otorgarle este beneficio, pero son muy pocos los casos en los que se aplica.

Del delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportiva

Con la entrada en vigencia de la Ley de Armas y Municiones, Decreto Número 15-2009 del Congreso de la República, este tipo penal de mera actividad, es fácil de probar en juicio, únicamente se necesita la declaración de los captores, el informe de la Dirección General de Control de Armas y Municiones, DIGECAM, carecer de licencia de portación de arma de fuego, el Perito de Balística para establecer la funcionalidad del arma, y el arma de fuego, para condenar a una persona.

Por lo anterior la defensa en éstos casos es complicada, y aunado a ello la pena es desproporcional al hecho siendo aumentada significativamente en comparación con la ley anterior, que era más benévola; aunque el espíritu de la nueva ley se origina de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, el legislador se pierde de contexto y tipifica en forma general este tipo penal, y no exclusivamente para combatir las estructuras criminales.

² MIR PUIG, Santiago. DERECHO PENAL. Parte General. 3ª. Edición. Barcelona, 1990. Pág. 99.

Si bien es necesario penar severamente a las bandas de crimen organizado que porten armas para cometer toda clase de delitos de alto impacto social (asesinatos, secuestros, robos agravados, extorsiones, etc.); también lo es que la sociedad ante esa ola de delincuencia, necesita garantizar su seguridad y la de sus bienes; habiendo quedado lamentablemente incluidas en estos tipos penales, aquellas personas trabajadoras, honradas, que para resguardar sus bienes, su integridad y hasta su propia vida, debido a la inseguridad que aqueja a la mayoría de las comunidades de Guatemala, portan armas de fuego.

Los casos de aquellas personas que por la necesidad de brindar alimentos a sus familias se ven en la necesidad de trabajar como agentes de seguridad, pero que lamentablemente algunas empresas de seguridad no cumplen con los requisitos legales y a sus trabajadores los dejan expuestos a la comisión de éste delito; también el caso de las personas que han acostumbrado a salir de cacería con rifle "calibre 22", pero que por ignorancia no tramitan la licencia de portación de arma de fuego; por ejemplo el caso específico de hermanos salvadoreños, que por el asesinato de los diputados salvadoreños del Parlamento Centroamericano, y por los asaltos que sufren sus connacionales, cuando viajan a Guatemala, por desconocimiento omiten solicitar licencia especial y temporal de portación, como lo establece el artículo 36 de la Ley de Armas y Municiones; hasta el caso del hijo mayor de edad de funcionario o de cualquier sujeto, que con el fin de presumir con sus amigos, toma el arma de su padre que está debidamente registrada en el DIGECAM, y es detenido; pero más común el caso de aquella persona que se le olvida renovar su licencia de portación de arma de fuego, y es detenido cuando transcurrió el plazo de los 30 días para su renovación.

Ante todo lo anterior cabe preguntarse, si en estos casos concretos que se dan comúnmente y que seguramente a más de algún defensor le ha correspondido ejercer la defensa técnica, el legislador pretendía que se impusiera la pena de 8 a 10 años de prisión. Se considera que no, pues el fin es combatir la delincuencia organizada y en esos casos no se está ante una estructura criminal y lamentablemente en estos casos la mayoría de los jueces aplican la ley en forma fría e irreflexiva.

Se excluyen aquellos jueces que con un buen criterio de justicia aplican la mínima participación y otorgan criterios de oportunidad, o aplican una causa de justificación como lo es el estado de necesidad, pues lamentablemente en Guatemala a pesar de haber un gran índice de analfabetismo priva la norma de la Ley del Organismo Judicial artículo 3, que dice: “Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario”. Por lo que el error de prohibición, que está regulado en Estados desarrollados, en Guatemala lamentablemente por la norma citada, no se aplica.

Pero es necesario que estos casos que se han indicado, el legislador reforme la Ley de Armas y Municiones y cree sub-tipos penales, en la que se regulen penas mínimas, y puedan desjudicializarse esas conductas; pues no tendría una finalidad la pena y al contrario sería más perjudicial para el imputado, que por primera vez es detenido, pero que ingresa a la universidad del crimen y a una jungla, en la que debe luchar por sobrevivir y no ser víctima de delitos, pues teniendo una buena conducta pre-delictual, posteriormente el pronóstico es muy reservado.

Es de hacer énfasis que como se ha indicado la necesidad de los sub-tipos penales, es especialmente en los casos concretos que se han señalado y no cuando se trata de Delincuencia Organizada, pues en estos casos, las estructuras criminales se dedican a la comisión de otros tipos penales, y se les imputan comúnmente los delitos de conspiración para determinado tipo penal regulado en la Ley contra la Delincuencia Organizada y la Asociación Ilícita, es decir un mínimo de 3 tipos penales, por lo que no habría una justificación para sancionar en forma general al ciudadano común, que es honrado con una pena excesiva, si se pretende cumplir el fin rehabilitador regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala.

Por de pronto mientras este tipo penal siga vigente, en forma indiscriminada, el Defensor debe recurrir a aplicar todos los conocimientos adquiridos en su formación profesional y capacitación, para poco a poco ir sentando precedentes, lo ideal la reforma, pues el Juez aplica la ley.

BIBLIOGRAFÍA

1. MIR PUIG, Santiago. DERECHO PENAL. Parte General. 3ª. Edición. Barcelona, 1990.
2. Muñoz Conde, FRANCISCO. “Derecho Penal Parte General”. 2ª. Edición. Tirant lo Blanch. Valencia 1996.

LEYES:

1. Constitución Política de la República de Guatemala.
2. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem Do Para”.
3. Código Procesal Penal, Decreto 51-92 y sus reformas, del Congreso de la República de Guatemala.
4. Ley para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, Decreto 97-96 del Congreso de la República de Guatemala.
5. Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, Decreto 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala.
6. Código Procesal Penal, Decreto 51-92 y sus reformas, del Congreso de la República de Guatemala.

LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y LA CUESTIÓN PREJUDICIAL



LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Lic. Remberto Leonel Ruíz Barrientos

La imputación objetiva

El término 'imputación' es uno de los más representativos del lenguaje en que se expresa la actual teoría jurídica del delito. Sin embargo, esto no ha sido siempre así.

Ya a principios de siglo y hasta los años treinta el enfoque hacia el sentido valorativo de las categorías del delito condujo a numerosos penalistas a advertir que los resultados imprevisibles debían excluirse del delito no porque no fueran causados por la conducta del autor, contra lo que sostenía la teoría de la causalidad adecuada, sino por la imposibilidad de desvalorar jurídico-penalmente tales procesos, por lo que lo que en ellos faltaba era su antijuridicidad o incluso su propia tipicidad.

En cualquier caso, la fundamentación dogmática del concepto de "reprochabilidad objetiva" situó el problema en los términos más consolidados de la actual teoría de la imputación objetiva:

- 1) La exclusión de los resultados imprevisibles se debe a que los mismos no pueden ser objetivamente desvalorados como antijurídicos porque el Derecho no puede razonablemente esperar ni siquiera de una persona prudente que evite aquello con lo que no puede contar;

- 2) no sólo no son típicas las acciones que producen efectos imprevisibles, sino que tampoco lo son las que, aun siendo peligrosas, están cubiertas por el riesgo permitido;
- 3) por ello, la inobservancia de la diligencia debida es un elemento del injusto típico no sólo en los delitos imprudentes, sino también en los dolosos;
- 4) además de la infracción del deber de diligencia y de la causación del resultado típico, el tipo requiere que el resultado sea precisamente uno de los que la norma quiere impedir (el fin de protección de la norma como criterio de imputación)

El principio de legalidad no impide, en cambio, modificar el sentido común de las palabras empleadas por la ley penal si con ello se restringe el alcance de lo punible y se atiende mejor a los fines del Derecho penal. Es lo que sucede cuando la doctrina actual considera que no deben imputarse como típicas las conductas que *ex ante* no aumenten de forma relevante el riesgo de producción del resultado típico, aunque *ex post* acaben causándolo.

En suma: la imputación objetiva supone la atribución de un sentido jurídico-penal específico a los términos legales que expresan la conducta típica, y no una mera descripción del verdadero sentido de dichos términos. En términos de filosofía analítica, la palabra 'imputación' pertenece al lenguaje prescriptivo, no al descriptivo. En este sentido, resulta rechazable concebir la imputación como una forma de averiguar cuándo un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta.

En alguna medida, toda interpretación de la ley supone, pues, algún grado de imputación, como atribución de significado. Y la afirmación de cada una de las categorías dogmáticas del delito también encierra su imputación. Pero este sentido amplio del concepto de imputación, que alcanza a toda la labor de la doctrina jurídica en cuanto no es meramente descriptiva, debe diferenciarse del sentido

más concreto que tiene el término 'imputación' cuando se emplea para expresar un elemento particular de la teoría del delito como la imputación objetiva. Ésta suele referirse al tipo objetivo del delito.

La imputación objetiva comprende en síntesis:

- 1) Imputación es adscripción a un sujeto, no descripción.
- 2) La imputación, en sus tres niveles de imputación objetiva, imputación subjetiva e imputación personal (o individual), atraviesa toda la teoría del delito pero no incluye todos sus elementos. Como juicio de atribución a un sujeto, se contrapone a la lesividad, como lesión o puesta en peligro típica de un bien jurídico no justificada, el otro gran aspecto del concepto de delito.
- 3) La exigencia de imputación responde al principio de culpabilidad, en sentido amplio, que requiere conexión al sujeto de cada nivel de lesividad de la teoría del delito, pero al mismo tiempo es necesaria para completar la constitución del desvalor del tipo, del injusto y de la infracción personal de la norma: la imputación objetiva es necesaria para afirmar el desvalor intersubjetivo de la conducta y el desvalor del resultado del tipo objetivo, la imputación subjetiva es necesaria para el tipo subjetivo y, por tanto, para completar el tipo; la ausencia de los presupuestos típicos de alguna causa de justificación también ha de poder ser objetiva y subjetivamente imputable para que el tipo pueda imputarse como antijurídico; y, por último, el hecho antijurídico ha de poderse imputar a un sujeto capaz de acceder a la norma en condiciones de motivabilidad normal (imputación personal, necesaria para que el hecho antijurídico se convierta en infracción personal de la norma y se complete la culpabilidad del sujeto).

La cuestión prejudicial

Del ordenamiento adjetivo penal debe atenderse para el presente tema:

- Obstáculos a la persecución penal
- Excepciones
- Definición.

La excepción: es el poder jurídico del demandado, de oponerse a la pretensión que el actor ha aducido ante los órganos de la jurisdicción. “Es todo medio de defensa, ya sea de fondo, ya sea de forma y por tanto ya radique en la relación material, ya en la relación procesal, de que puede valerse el acusado para enervar el derecho del accionante”.

Es el obstáculo a la persecución penal y civil que constituye medio legal de defensa de las partes en oposición al fondo o a la forma del proceso penal.

Generalidades: Sin duda, en la teoría procesal, uno de los temas más discutidos en cuanto a su concepto, lo constituye la excepción.

Algunos tratadistas al referirse a las excepciones las consideran como un medio de oposición que la legislación de un Estado concede al demandado para excluir la acción del demandante, ya sea:

- a. Negando las alegaciones de éste; o,
- b. Introduciendo en el procedimiento hechos o circunstancias nuevas que el juez debe tomar en cuenta al pronunciarse sobre la controversia.

La mayoría de los autores que tratan sobre esta compleja materia, están acordes en que el tema de las excepciones debe

estudiarse paralelamente a la acción, y así el actor que basado en el derecho que le asiste tiene la facultad de ir a la contienda judicial, se añade que la excepción es un atributo propio del derecho que permite al demandado defenderse en la lucha judicial, contra las pretensiones del demandante.

Las Excepciones en el Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala: El Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, establece en su Artículo 294 que: “las partes podrán oponerse al progreso de la persecución penal o de la acción civil, por los siguientes motivos:

Incompetencia;
Falta de acción; y,
Extinción de la persecución penal de la pretensión civil”.

El mismo cuerpo legal, en su artículo 295 establece que: “la interposición de excepciones se tramitará en forma de incidente, sin interrumpir la investigación.

Las excepciones no interpuestas durante el procedimiento preparatorio podrán ser planteadas en el procedimiento intermedio”.

Así mismo dicho Código en su artículo 296 establece que la cuestión de incompetencia será resuelta antes que cualquier otra. Si se reconoce la múltiple persecución penal simultánea, se deberá decidir cuál es el único tribunal competente.

Cuestión prejudicial en el proceso penal guatemalteco
Definición: Cuestión prejudicial es “aquella que tiene que ser incidentalmente resuelta por el mismo o por otro tribunal, a efecto de poder tramitar o resolver en el orden civil o en orden penal la cuestión principal sometida a juicio. Las cuestiones prejudiciales dan lugar a los incidentes de previo y especial pronunciamiento y a las excepciones dilatorias y perentorias”.

Prejudicial es todo juicio judicial que deba formarse, con carácter previo, para poder formular el juicio definitivo sobre la cuestión que se decide en el asunto principal; la prejudicialidad guarda una conexión de lógica jurídica con el tema que se debate de tal manera, que la decisión que exige bien se haga en el curso del proceso o se produzca en la sentencia que pone término al mismo está siempre en relación de subordinación, con el objeto principal del proceso.

Existe prejudicialidad cuando se trate de una cuestión sustancial pero conexas, que sea indispensable resolver por sentencia en proceso separado, ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre lo que es materia del litigio o de la declaración voluntaria en el respectivo proceso, que debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca y sin que sea necesario que la ley lo ordene.

Se puede definir así; aquellas cuestiones de carácter previo y preferente que deben ser decididas antes que la acción penal pueda seguir su curso y porque la decisión de las mismas debe juzgar por anticipado o prejuzgar, las otras cuestiones que de ellas depende.

Naturaleza jurídica: Para determinar la naturaleza jurídica de las cuestiones prejudiciales es necesario, establecer antes su situación en el campo de la conexión procesal; su existencia implica una relación con un proceso principal cuyo trámite no está agotado al tiempo de su planteamiento: esto se impone, desde ya, porque el área de las cuestiones prejudiciales es menos amplia que la de la prejudicialidad propiamente de dicha, de donde se comprende que hay que deslindar el área de esa conexión para que sea aceptada como cuestiones prejudiciales.

Las cuestiones prejudiciales constituyen hechos que están ligados al delito imputado, ya que unos y otros no podrían existir si no existiere un hecho punible. Aparecen cuando se inicia la relación

jurídico penal de las partes en el proceso criminal y el órgano jurisdiccional está facultado discretamente por mandato legal para admitirlas y darles su curso, que manda o rechazarlas o declararlas sin lugar, en su caso.

La cuestión prejudicial afecta el ejercicio de la acción, porque si se declara con lugar suspende el proceso penal, mientras se somete a conocimiento y resolución del órgano jurisdiccional competente, resolución que influye directamente en el proceso penal.

Se puede concluir que la naturaleza jurídica de la cuestión prejudicial, en la legislación procesal penal vigente, es la de ser un obstáculo a la persecución penal, no se puede considerar como excepción previa.

Clasificación por la ley que las regula: COMUNES U ORDINARIAS Y ESPECIALES O EXTRAORDINARIAS: Son comunes aquellas reguladas por la legislación común u ordinaria del Estado y especiales o extraordinarias las que son reguladas por leyes de tipo especial dentro de la normatividad jurídica de un Estado determinado.

Al tratar las cuestiones prejudiciales en algunos casos, para el desarrollo de un proceso penal se requiere la culminación de otro, sea penal o extrapenal, lo que da lugar a las cuestiones de prejudicialidad penal respecto de lo penal, y de prejudicialidad civil respecto de lo penal.

A. "PREJUDICIALIDAD PENAL: Se trata de casos en los que las exigencias del tipo penal, que habrá de generar un proceso penal determinado, requieren –para su configuración típica- que haya sentencia firme en otro proceso penal. Existe prejudicialidad de lo penal a lo penal, por ejemplo, si la solución de una querrela por calumnia hecha en una denuncia depende de la solución a la que se llegue en el proceso generado por la denuncia.

B. PREJUDICIALIDAD CIVIL: Son cuestiones que surgen del proceso y que deben ser resueltas por el tribunal, ya que de esa resolución depende la existencia de un delito; por ejemplo, determinar la filiación para agravar un delito de homicidio”.

Origen: Aunque el origen de las cuestiones prejudiciales se sitúa en la edad media la legislación romana concedió gran importancia a la *actio praejudicialis* y en la *instituta* se encuentran recogidos precedentes de aquellas sobre todo en orden al estado civil. En otra parte estipulan: que el legislador de 1882 se encontró por lo tanto, con una situación vacía que la práctica forense había puesto de evidencia y que por falta de una legislación adecuada se había convertido en fuente de abusos, corruptelas y dilaciones: por ello con encomiable propósito quiso enfrentarse con un problema aunque le resultase extraño.

Etimología: El vocablo prejudicial está compuesto de dos voces: *pre*, que significa antes, antelación, delante de; y *juicio*, que se traduce en discusión, opinión, etc., es decir que etimológicamente cuestiones prejudiciales son aquellas que deben de resolverse antes que se entable juicio.

El Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República, actualmente en vigencia, regula la cuestión prejudicial como obstáculo a la persecución penal, la cual es regulada de manera independiente a las excepciones, que también son obstáculos a la citada persecución, regulación con la que, al menos en cuanto a no considerarla como excepción, se retorna al sistema que contenía el Código de Procedimientos Penales, Decreto Presidencial Número 551.

Cabe también resaltar que en el actual Código Procesal Penal, el legislador, con mucho acierto, no limitó las cuestiones prejudiciales a lo civil y a lo administrativo, situación esta que se daba en los dos códigos que antecedieron al actual, pues se dejó abierta la posibilidad

a que las cuestiones perjudiciales sean de cualquier rama del derecho, es decir, civil, administrativo mercantil, laboral, etc.

Regulación Legal: La cuestión prejudicial es regulada por los artículos 291 y 292 del Código Procesal Penal (Decreto Número 51-92 del Congreso de la República); que se encuentran dentro del capítulo II. Obstáculos a la persecución penal y civil, del título I, preparación de la acción Pública, del libro segundo, el procedimiento común.

Tratamiento Procesal: Procedencia. Del Artículo 291 del Código Procesal Penal se infiere que la Cuestión Prejudicial procede cuando existe una cuestión civil, administrativa, Mercantil, laboral, penal, etc., que deba resolverse previamente, en forma preferente y en un proceso independiente al proceso penal iniciado, ya que tal resolución condiciona el hecho objeto del proceso penal.

Quién las propone: La doctrina dominante establece que las cuestiones prejudiciales pueden ser propuestas por las partes o de oficio por el juez. Esto no tiene objeción alguna, por cuanto las cuestiones prejudiciales no existen por el hecho de que alguien las proponga; por el contrario, la cuestión prejudicial existe cuando no se haya iniciado el proceso donde debe ser decisiva. Surge como cualquier otro elemento fáctico o normativo del tipo penal.

En cuanto a quién es el facultado para plantear la cuestión prejudicial, conforme el artículo 291 del Código Procesal Penal, puede ser planteada por cualquiera de las partes legítimamente reconocidas en el proceso penal, inclusive por el Ministerio Público, cuando la ley lo permita, sin embargo, el precitado artículo no preceptúa que pueda ser promovida de oficio por el órgano jurisdiccional. El legislador debió facultar a éste a promover la cuestión prejudicial, ya que según los análisis doctrinarios al respecto, la existencia de la cuestión prejudicial no la determina el hecho de que alguien la proponga, sino que su existencia es anterior al inicio del proceso

donde debe ser decisiva, por lo que en aras de que la sentencia que se pronuncie en el proceso penal sea justa y apegada a derecho, es necesario reformar el artículo indicado, en el sentido de que se legisle la promoción de oficio de la cuestión prejudicial.

Es importante también señalar que de conformidad con el artículo 291 del Código Procesal Penal, cuando el Ministerio Público jurídicamente no tenga legitimación para plantear la cuestión prejudicial, está obligado a notificar la existencia de la cuestión a la persona legitimada y le requerirá a su vez, noticias sobre la promoción del proceso y su desarrollo.

Momento de la proposición: La mayoría de tratadistas concluyen en que siendo las cuestiones prejudiciales útiles para la existencia o inexistencia del delito, se pueden plantear en cualquier momento del proceso, antes de que se dicte sentencia.

En cuanto al momento procesal para plantear la cuestión prejudicial, el artículo 292 del Código Procesal Penal, establece, acorde con la doctrina, que se puede plantear en cualquier momento previo a dictar sentencia es decir, en las etapas: procedimientos preparatorio, procedimientos intermedio y juicio (específicamente en el desarrollo del debate).

Forma del planteamiento: De conformidad con el artículo 292 del Código Procesal Penal, la cuestión prejudicial se plantea de la siguiente forma: por escrito fundado en el procedimiento preparatorio y procedimiento intermedio y oralmente en el debate.

Órgano jurisdiccional competente: Las cuestiones prejudiciales deben interponerse ante el juez o tribunal que conozca del asunto penal.

El hecho de que la cuestión prejudicial sea de naturaleza civil, por ejemplo, no implica que la cuestión deba plantearse directamente

ante el juez de lo civil, ya que éste no tiene competencia para determinar la procedencia o improcedencia de la cuestión prejudicial, pero sí tiene competencia para conocer y resolver sobre el fondo del asunto planteado, una vez que el juez o tribunal penal haya admitido o aceptado la existencia de la cuestión prejudicial.

Procedimiento:

A. Planteamiento previo al debate:

Según el Artículo 292 del Código Procesal Penal, la aceptación o rechazo de la cuestión se dilucida mediante el trámite de incidente, esto, si se plantea en cualquier momento procesal previo al debate, por lo que es necesario conocer lo que respecto a los incidentes establece la Ley del Organismo Judicial:

Artículo 135 Incidentes. Toda cuestión accesoria que sobrevenga y se promueva con ocasión de un proceso y que no tenga señalado por la ley procedimiento, deberá tramitarse como incidente. Cuando las cuestiones fueren completamente ajenas al negocio principal, los incidentes deberán rechazarse de oficio. El auto que decida el incidente contendrá la condena en costas del que lo promovió sin razón, salvo evidente buena fe.

Artículo 136. Suspensión del proceso. Los incidentes que pongan obstáculos al curso del asunto, se sustanciarán en la misma pieza de autos quedando éstos, mientras tanto en suspenso.

Impide el curso del asunto todo incidente si cuya previa resolución es absolutamente imposible de hecho o de derecho, continuar sustanciándolo. En todo caso el tribunal deberá calificar la naturaleza del incidente al darle trámite.

Artículo 137. Pieza separada. Los que no pongan obstáculo a la prosecución del asunto, se sustanciarán en pieza separada que se formará con los escritos y documentos que señale el juez, y cuando éstos no deban desglosarse, se certificarán en la pieza del incidente a costa del que lo haya promovido.

Artículo 138 (Reformado por el Decreto Número 112-17 del Congreso de la República). Trámite; promovido un incidente, se dará audiencia a los otros interesados, si los hubiere, por el plazo de dos días.

Los incidentes de nulidad carecerán de efectos suspensivos, excepto si el tribunal lo considera necesario y así lo declara en forma razonada y bajo su responsabilidad.

La apelación no tendrá efectos suspensivos y el asunto principal continuará su trámite hasta que se halle en estado de resolver en definitiva. El tribunal que conozca en grado lo hará con base en copia de las actuaciones certificadas por la Secretaría correspondiente. Se exceptúan los incidentes que dieran fin al proceso, en cuyo caso se suspenderá el trámite.

B. Planteamiento en el debate:

Si la cuestión prejudicial se plantea en el debate, lógicamente no será su admisión o rechazo por el trámite de incidente, sino que, según interpretación, se debe aplicar el artículo 369 del Código Procesal Penal, el cual establece que todas las cuestiones incidentales que se pudieran suscitar serán tratadas en un solo acto, a menos que el tribunal resuelva hacerlo sucesivamente o diferir alguna, según convenga al orden del debate. En la discusión de las cuestiones incidentales se les concederá la palabra una única vez, por el tiempo que establezca el presidente, al Ministerio Público, al defensor y a los abogados de las demás partes.

También se considera que el tribunal de sentencia penal con fundamento en el artículo 360 numeral 1 del mismo cuerpo legal, puede suspender el debate por un plazo máximo de diez días para resolver la cuestión prejudicial, la que según criterio debe considerarse como una cuestión incidental.

Recurso: Contra lo resuelto por el tribunal de sentencia en relación a la interposición de una cuestión prejudicial, procede el recurso de reposición, según el artículo 403 del Código Procesal Penal: Las resoluciones emitidas durante el trámite del juicio podrán ser recurridas por las partes tan sólo mediante su reposición. En el debate, el recurso se interpondrá oralmente y se tramitará y resolverá inmediatamente sin suspenderlo, en lo posible.

La prejudicialidad como requisito impuesto por la Ley, para perseguir el delito de falsificación ideológica: El proceso penal contra el notario sindicado de falsificación ideológica en la autorización de instrumentos públicos a su cargo. En conclusión: todos los casos de falsificación ideológica requiere del juicio previo y de la sentencia previa del Juez de lo Civil para que pueda iniciarse la acción penal. Este juicio previo que declare la falsedad del instrumento, es lo que en doctrina jurídica se conoce con el nombre de prejudicialidad.

En definitiva, la falsedad ideológica del instrumento, requieren un juicio previo, requieren que antes se establezca la prejudicialidad. En cambio, la falsificación material no requiere prejudicialidad: los casos de falsedad material son diferentes, pues no existe el documento original, la falsedad material es aquella que forja un documento con apariencia de ser real. Para comprender en mejor forma el por qué de la prejudicialidad para seguir juicio contra el notario sindicado de la falsificación ideológica en la autorización de instrumentos públicos a su cargo, es necesario realizar un análisis del artículo 322 del Código Penal:

El principal problema al iniciar el análisis del artículo 322 es establecer qué es un documento público y qué es un instrumento público. Documento

público: “El otorgado o autorizado, con las solemnidades requeridas por la ley, por notario, escribano, secretario judicial y otro funcionario público competente, para acreditar algún hecho, la manifestación de una o varias voluntades y la fecha en que se producen”.

Actualmente en la práctica notarial es común, que al momento de redactar un instrumento público, en el mismo se altere fundamentalmente el monto al que las partes han llegado a un acuerdo, con el objetivo de evadir impuestos cometiendo delitos de carácter tributario establecidos en las leyes emitidas por el Estado, así mismo constituyendo esta práctica en un hecho delictual que se encuentra tipificado en el ordenamiento jurídico como falsedad ideológica, ya que como lo regula el artículo 322 del Código Penal; en la autorización de un instrumento público se están insertando declaraciones que no son las pactadas por las partes, ya que el documento no prueba exactamente el pacto entre los otorgantes, de modo que alguno de ellos pueda resultar perjudicado por no constar el monto exacto estipulado.

También se debe comprender quien es el sujeto, otorgante, compareciente:

- Sujeto: Es la persona que se ve afectada en su patrimonio en virtud del otorgamiento de una escritura. Puede ser que el acto jurídico produzca menoscabo o incremento o alteración en el patrimonio, pero siempre repercute en su esfera jurídica.
- Otorgante: Es quien da el consentimiento, y que directa y personalmente realiza el acto jurídico. Es quien otorga; la parte que contrata en un documento público.
- Compareciente: En sentido amplio, el compareciente es cualquier persona, y no solo quien requiere al notario, es también quien comparece e interviene en el instrumento público, entre ellos los testigos, traductores o intérpretes.

Según el artículo 322 son autores del delito de falsedad ideológica, todas aquellas personas que contribuyen al otorgamiento, autorización y

formalización del contrato, pudiendo ser tanto los sujetos, los otorgantes, los comparecientes, así también el que autoriza el contrato.

El autor del delito de falsedad ideológica tiene que ser un particular, funcionario público o profesional del derecho, la responsabilidad del autor o autores directos y materiales de la falsedad documental no ofrece duda alguna. Cabe señalar que tal delito o es una infracción de propia mano porque la ilicitud que caracteriza a la falsedad no depende con exclusividad de la actividad personal del agente que materialmente la lleva a efecto. De ahí que no pueda excluirse la coautoría ni la autoría mediata. Son autores no solo quienes ejecutan personalmente y físicamente la acción falsaria sino también todos aquellos que, sin llevarla a cabo materialmente, tienen dominio sobre el hecho.

La inducción al delito de falsedad ideológica requiere las condiciones de que la inducción no requiere la anulación de ninguna voluntad, en tanto que la influencia se puede concebir con independencia de la libertad individual, por lo que la responsabilidad del inductor no lleva consigo la irresponsabilidad del inducido, ha de ser tan clara la separación entre la responsabilidad de inductor e inducido que si en éste concurría cualquier circunstancia de exención, ello no sería óbice para la responsabilidad del inductor de las consecuencias que causalmente se produzcan, lo que no tiene nada que ver con el exceso en la inducción, por parte del inducido, que origina distintas posibilidades según que el exceso se haya producido en los fines o en los medios utilizados.

Queda claro así la posibilidad de una responsabilidad compartida, en las falsedades cuestionadas, tanto del autor directo o material y de quienes indujeron, propusieron y llevaron a cabo la idea, quizá no todas traídas al proceso por estas falsedades. Ambas fueron titulares del dominio o señorío sobre la actividad delictiva, a salvo naturalmente de lo que la prueba acredite.

Únicamente cabría dejar fuera de la responsabilidad penal al inductor si una persona está decidida a ejecutar el hecho sin la previa influencia de

otra, incluso aunque hubiera mediado un consejo, deliberación en común o hasta una aprobación de lo que se hizo después, pues entonces no se ha determinado a una persona a la comisión de un delito.

El delito de falsedad, como ya ha quedado reflejado hay que atribuirlo no sólo al autor o autores materiales del delito, sino también a la persona o personas, que de manera directa, haya contribuido bien por medio de instrucciones o por influencias a que tal falsedad se cometa.

Desglosando de manera concisa, se considera que pueden ser autores los sujetos del negocio ya que de antemano pactan el precio real del negocio y puede que subsiguientemente confabulen entre ellos para que en el instrumento público conste un monto menor, posteriormente llegan con el notario para la autorización del mismo, a quien le explican el negocio a realizar, y el monto sobre el cual versará dicho contrato, ocultándole el precio real del mismo, en este caso los autores del delito de falsedad ideológica son los sujetos del negocio ya que ellos, cuando el notario ejerce su función modeladora, dándole forma a la voluntad de las partes, estos manifiestan que el monto del contrato es otro no el que realmente pactaron.

Puede ser que el negocio no lo celebren los sujetos sino que estos autoricen a otras personas llamados otorgantes, al cual el sujeto le manifiesta que desea celebrar dicho contrato y el monto sobre el cual debe realizarse, no obstante los otorgantes cuando acuden a la autorización del negocio, y se le está dando forma legal al mismo, manifiestan un monto distinto del real. En este caso los autores del delito son los otorgantes, no así el sujeto, a quien solo le interesa recibir el precio del contrato o el bien objeto del mismo, y no les interesan si en el instrumento aparece el que realmente es u otro.

En estos casos el notario no es responsable del delito de falsedad ideológica ya que legalmente para él no existe ninguna obligación de investigar cual es el precio real del bien, ni de exigir a los sujetos, otorgantes o comparecientes que demuestren que el precio que están aduciendo sea

el correcto, su única obligación es llenar los requisitos exigidos por la ley (1. El número de orden, lugar, día, mes y año del otorgamiento. 2. Los nombres, apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, ocupación u oficio y domicilio de los otorgantes. 3. La fe de conocimiento de las personas que intervienen en el instrumento, y de que los comparecientes aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles. Entre otros) y plasmar la voluntad de las partes en el instrumento público.

En cuanto al grado de responsabilidad penal, cuando el sujeto del negocio pacta con el otro para hacer constar un monto distinto del real, éstos son considerados como autores del delito de falsedad ideológica, ya que toman parte directa en la ejecución de los actos propios del delito, no solo del de falsedad sino de los delitos tributarios regulados por la ley.

Cuando el sujeto beneficiado en el contrato encomienda (mandato) a otro para que éste otorgue el contrato y el otorgante ya sea con el conocimiento del sujeto o no, manifiesta ante notario un monto distinto del pactado, el autor es el otorgante ya que es él quien toma parte directa en la ejecución del delito, ahora bien puede ser que solo fue autorizado por parte del sujeto del contrato a que otorgara el instrumento público y desconoce cuál es el valor exacto del bien, entonces no es responsable del delito el otorgante sino los sujetos del negocio que incrementan su patrimonio.

De este hecho se puede establecer que existe una laguna legal, en la cual no se puede verificar con certeza cuál es el precio exacto de los bienes sujetos a contratación, sino que se constriñe al notario, a celebrar el negocio solamente con lo que las partes pueden aportar sobre el monto del mismo.

El notario también puede ser autor de este delito ya que en el medio del instrumento público faccionado por un notario se encuentra entre uno de los documentos que más se acercan a la perfección, el mismo está elaborado por un profesional del derecho que ha sido preparado con una gran calidad académica, y del cual se puede tener plena confianza, no

solo por su profesión sino también por la fe pública otorgada por el Estado, a través de la ley, así mismo los términos de instrumentos públicos parecen simples, pero han resultado tan desconcertantes, como la profunda incógnita de ¿Qué es la verdad? Ahora bien los notarios deben de comprender qué es, por qué es, para qué es y cómo es, tanto el instrumento público como la verdad, ya que los mismos van entrelazados y son necesariamente complementarios.

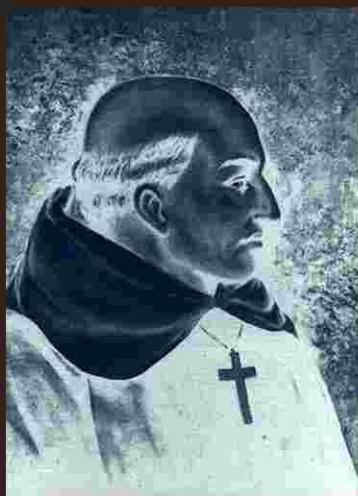
Se considera que el notario es autor del delito de falsedad ideológica cuando los sujetos, otorgantes o comparecientes, le manifiestan el negocio a realizar, así mismo hacen de su conocimiento el monto por el cual se va a realizar el negocio, manifestándole que para evitar los impuestos a que está afecto el contrato, desean que en el instrumento público no conste el valor exacto, sino un valor menor del pactado, en este caso si el notario acepta la propuesta que le han hecho los sujetos, otorgantes o comparecientes, también se constituye como autor del delito ya que de manera directa contribuye a la ejecución del mismo, ya que como lo establece el artículo 322 se insertan en el documento público declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio, como por ejemplo en el caso de saneamiento por evicción, ya que la persona afectada en su derecho solo puede gestionar en cuanto al monto que figura en el contrato.

Empero en Guatemala el Ministerio Público persigue indiscriminadamente a los notarios públicos por este delito, habida cuenta de lo difuso de la legislación al respecto, principalmente en lo que concierne al ejercicio de la acción penal que debe limitarse en este sentido, a manera que el instrumento público sea primeramente sometido a impugnación en la vía civil correspondiente, para luego el juez de conocimiento traslade la certificación de lo conducente al orden penal. No puede ni debe permitirse el ejercicio de la acción penal por parte del ente encargado de la persecución penal, sin que previamente se observen las formalidades legales establecidas en el ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

1. ANDROVE DÍAZ, Gerardo. Las Consecuencias Jurídicas del Delito. Editorial Tecnos S. A. España, 1996.
2. ARRAUD, Rufino. Curso de Derecho Notarial. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1966.
3. AVILA ALVAREZ, Pedro. Estudios de Derecho Notarial. Ediciones Natura, S. A. 3a. Edición. Barcelona, España, 1,962.
4. BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Parte General Editorial Temis, S. A. Santa Fe Bogotá, Colombia, 1994.
5. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 1989.
6. CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Editorial Heliasta, S. R. L. 11a. Edición. Buenos Aires Argentina, 1,976.
7. GIMENEZ-ARNAU, Enrique. Derecho Notarial. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Pamplona, España, 1,976.
8. GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. ARROYO ZAPATERO, Luis. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. GARCÍA RIVAS, Nicolás. Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Editorial Praxis, S. A. Barcelona, España, 1996.

9. GONZALEZ, Carlos Emérito, Derecho Notarial. Editorial La Ley, S. A. Buenos Aires, Argentina, 1971.
10. HASSEMER, Winfried. Crítica al Derecho Penal de hoy. Editorial Ad-Hoc, 2ª Edición, 1ª Reimpresión. Buenos Aires, Argentina. 2003.
11. LOPEZ AGUILAR, Santiago. Introducción al Estudio del Derecho I. Colección de Textos Jurídicos No. 9 Departamento de Publicaciones, Facultad de Ciencias Económicas.
12. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Apuntes de Derecho Penal Liberal y Derecho Penal. Autoritario Proporcionados por Renato Luis Vanelli Viela Argentina, 2006.
13. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. Estructura Básica del Derecho Penal. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2009.
14. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. Manual de Derecho Penal, Parte General, Sexta Edición. Editora Comercial, Industrial y Financiera, S. A. Buenos Aires, Argentina, 1998.



LA ESCLAVITUD MODERNA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL GUATEMALATECO



LA ESCLAVITUD MODERNA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL GUATEMALTECO

M.A. Fradique Reyes Lee
Defensor Público de Oficio

La esclavitud es una de las prácticas más abominables que la humanidad ha ejercido a lo largo de toda su historia, no solo en los países con civilizaciones avanzadas como la romana y la griega; sino que además en países paupérrimos, en desarrollo o en vías de desarrollo como el caso de Guatemala.

Si bien es cierto el esclavismo es un tema jurídico también es filosófico y religioso, ya que se expone el elemento primordial del hombre: la libertad en todas sus manifestaciones, no en vano el derecho natural aboga porque esta es innata al ser humano solo por el hecho de serlo.

En este breve ensayo se quiere citar las palabras de un hombre santo; el primer defensor de los indígenas del nuevo mundo, en tiempos de la conquista:

No y mil veces no, ¡paz en todas partes y para todos los hombres, paz sin diferencia de raza! Sólo existe un Dios, único y verdadero para todos los pueblos, indios, paganos, griegos y bárbaros. Por todos sufrió muerte y suplicio. Podéis estar seguros de que la conquista de estos territorios de ultramar fue una injusticia. ¡Os comportáis como los tiranos! Habéis procedido con violencia, lo habéis cubierto todo de sangre y fuego y habéis hecho esclavos, habéis ganado grandes botines y habéis robado la vida y la tierra a unos hombres que vivían aquí pacíficamente... ¿Creéis que Dios

tiene preferencias por unos pueblos sobre los demás? ¿Creéis que a vosotros os ha favorecido con algo aquello que la generosa naturaleza concede a todos? ¿Acaso sería justo que todas las gracias del cielo y todos los tesoros de la tierra sólo a vosotros estuvieran destinados?...” “Yo creía que los negros eran más resistentes que los indios, que yo veía morir por las calles, y pretendía evitar con un sufrimiento menor otro más grande”...Su proyecto había sido “un error y una culpa imperdonable, que era contra toda ley y toda fe, que era en verdad cosa merecedora de gran condenación el cazar a los negros en las costas de Guinea como si fueran animales salvajes, meterlos en los barcos, transportarlos a las Indias Occidentales y tratarlos allí como se hacía todos los días y a cada momento.¹

Estos son segmentos de aquel hombre, que al leerlas embarga una sensación innata de tristeza y de lamentación; este hombre santo fue Fray Bartolomé de las Casas.

Hace 188 años, un 31 de diciembre de 1823; fecha que pasaría a la historia centroamericana, que es día en que oficialmente se terminó el sistema que permitía la propiedad de unos seres humanos a otros, con el propósito de explotarlos ilimitadamente.

No en vano un diputado decía en esa época:

Vengo arrastrándome y si estuviera agonizando, vendría para hacer proposición benéfica a la humanidad desvalida. Con toda la energía con que debe un diputado promover los asuntos interesantes a la Patria, pido, ante todas las cosas y que en la sesión del día se declaren ciudadanos libres a nuestros hermanos esclavos.

¹Pérez, I. (1984) Fray Bartolomé de las Casas: Brevísima relación de su vida, diseño de su personalidad, síntesis de su personalidad, Salamanca, ed. San Esteban.

Ese digno representante de la patria era José Simeón Cañas; quien pidió al Congreso Nacional Constituyente de las Provincias Unidas de Centroamérica que se decretase la abolición de la esclavitud.²

La primera y segunda estrofa del querido himno nacional, hace mención a la esclavitud, en el significado que Guatemala, es libre en todas sus formas y por ende sus habitantes también.

En Guatemala, se tiene una abolición formal pero no real, las prácticas de servilismo, de explotación al trabajo ajeno, así como todas las formas de esclavismo contemporáneo, se practican tristemente en el país.

Existe un gran número de acuerdos bilaterales y multilaterales desde el principio del siglo XIX, y que contienen disposiciones por las que se prohíben esas prácticas de esclavismo tanto en tiempos de guerra como de paz. Se ha estimado que entre 1815 y 1957 se aplicaron unos 300 acuerdos internacionales relativos a la abolición de la esclavitud. Ninguno ha sido totalmente efectivo.

El estudio de este ensayo menciona cuales son las principales prácticas del esclavismo contemporáneo a nivel mundial y en Guatemala.

Quizá es hora de entender que los problemas de la humanidad como el esclavismo no es cuestión solamente de convenciones ni tratados, más bien de conciencia humana, de solidaridad entre todos, donde se debe entender que todos son iguales tal como en su momento de la historia, señaló Fray Bartolomé de las Casas.

Derecho Natural

Para entender el concepto de esclavitud, es necesario comprender el significado de derecho natural: Son aquellos derechos del hombre, dados por su propia naturaleza humana innata, por el solo hecho de ser hombre.

²Revista C 4. Edición 27 de febrero de 2012. Guatemala C.A.

Ya que no se podría partir a estudiar un derecho como la libertad en contra posición del concepto esclavismo, sin saber el por qué, de ese derecho innato a la persona humana.

En ese sentido el derecho natural está contenido en el Artículo 4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que cita: “Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidos en todas sus formas”.³

Instrumentos jurídicos internacionales en Derechos Humanos

No son más que los tratados, acuerdos, convenios y protocolos, que obligan a los Estados contratantes.

El documento tiene carácter de original y definitivo cuando los Estados lo firman. Existen varias formas de manifestar su consentimiento de un Estado y por ende su consentimiento; las más comunes son la ratificación y adhesión.

Un tratado es ratificado por aquellos Estados que negociaron el instrumento. Un estado, que no haya participado en las negociaciones puede, en una etapa posterior, adherirse al tratado.

El tratado o documento entra en vigor cuando un número predeterminado de Estados ratifican o se adhieren al tratado.

En algunos países los tratados internacionales tienen preeminencia sobre el derecho interno, como en el caso de Guatemala; tal como lo estipula el Artículo 46 constitucional.

Definiciones de esclavitud

Es un trabajo forzoso, cuando una persona acepta un trabajo contra su propia voluntad y no puede salir del castigo o amenaza de castigo. Esta

³Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

definición es una de las acepciones contemporáneas de esclavitud.⁴

Ser esclavo es estar controlado por otra persona o personas de tal manera que su trabajo no pueda determinar el curso de su vida, ni ser remunerado por su trabajo, siendo estos sacrificios imposibles de reclamar.⁵

Si bien la definición de esclavitud ha generado diferentes críticas y reacciones desde el inicio abolicionista, las definiciones han sido controvertidas por dos razones:

- a) Hay diferencia de opinión sobre qué prácticas debe considerarse como esclavitud; y
- b) Las definiciones han llevado aparejadas obligaciones por los Estados de adoptar determinadas medidas correctivas. Ha habido un desacuerdo sobre las estrategias más apropiadas para eliminar cualquier forma de esclavitud.

La Convención sobre la Esclavitud, de Ginebra del año 1926 definió la esclavitud en su Artículo Primero como "...el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos".⁶

En la definición anterior al referirse a "los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos"; la Convención sobre la Esclavitud abarcó no solamente la esclavitud doméstica sino también las demás formas de esclavitud que se verán enumeradas más adelante y que fueron enumeradas por la Comisión Temporal sobre la Esclavitud.

Y define además la Trata de Personas en su Artículo 2, como: "...todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido

⁴ Plant, R. (2007) Responsable del programa contra el trabajo forzado de la OIT.

⁵Bales, K. La Nueva Esclavitud en la Economía Global, Prensa de la Universidad de California, 1999.

⁶Convención sobre la Esclavitud suscrita el 25 de septiembre de 1926

para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos”.

Definición de libertad

Es la capacidad que posee el ser humano, de poder obrar según su propio poder y entendimiento, a través de su vida siendo responsable de sus actos.

Se deduce entonces que un ser libre no debe estar atado a la voluntad de otro de forma coercitiva.

Derecho internacional y el esclavismo

La esclavitud ha existido por varios siglos. En la mayoría de sociedades antiguas se empleaban esclavos, que en su mayoría eran miembros de otros grupos tribales, étnicos o religiosos diferentes a los esclavizadores. En la antigua Atenas y Roma, las sociedades esclavistas de antigüedad componían aproximadamente un tercio de la población.⁷

El primer instrumento internacional que condenó esta práctica fue la Declaración de 1815.⁸ El movimiento abolicionista se inició con objeto de poner término a la trata de esclavos en el Atlántico y libertar a los esclavos en las colonias de países europeos y en los Estados Unidos de América.

La Sociedad de las Naciones, predecesora de las Naciones Unidas, persiguió activamente la abolición de la esclavitud, por lo que después de la Primera Guerra Mundial, la atención internacional se centró en la abolición de la esclavitud y las prácticas relacionadas en ella.⁹

⁷ Se sostenía que el esclavismo era parte del *ius gentium* en el derecho romano. The Roman Law of Slavery, 1908.

⁸ Declaración Relativa a la abolición universal de la trata de esclavos, 8 de febrero de 1815, Consolite Series, vol. 63 No. 473.

⁹ M. Burton, The Assembly of the League of Nations, 1941, pág 253. El Artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones exige que...“el mandatario asuma en esos pueblos la administración del territorio...juntamente con la prohibición de abusos tales como la trata de esclavos.

Antes de la entrada en vigor de la Convención sobre la Esclavitud de 1926 se determinaron varias formas de esclavitud en una lista preparada por la Comisión Temporal sobre la Esclavitud de 1924 y posteriormente aprobada por el Consejo de la Sociedad de las Naciones. Además del sojuzgamiento, la importación, la trata y el comercio de esclavos incluía:

- a) La esclavitud o servidumbre (doméstica)
- b) Las prácticas restrictivas de la libertad de la persona o que tienden a ejercer el control de las personas en condiciones análogas a la esclavitud, como por ejemplo:
 - b.1) La compra de niñas mediante pago que se hace pasar por dote, entendiéndose que ello excluye las costumbres matrimoniales tradicionales;
 - b.2) La adopción de niños de cualquier sexo con el fin de reducirlos a su virtual esclavitud o deshacerse de sus personas en última instancia.
- c) Todas las formas de trabajo forzado, público o privado, con remuneración o sin ella.¹⁰

Después de la Segunda Guerra Mundial, las Naciones Unidas siguieron esforzándose por erradicar el esclavismo, y como consecuencia de eso la prohibición de la misma y sus prácticas relacionadas forman parte del derecho consuetudinario internacional, y las normas pertinentes tienen carácter de *ius cogens*.¹¹

La Corte Internacional de Justicia ha determinado que la protección contra la esclavitud es uno de los dos ejemplos de obligaciones *erga omnes* en la normativa de los derechos humanos;¹² o de las obligaciones que tiene

¹⁰Informe de la Comisión Temporal sobre la Esclavitud al Consejo de la Sociedad de las Naciones 1924.

¹¹ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1963, vol. II Publicación de las Naciones Unidas.

¹²Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. (Belgium vrs Spain) fallo de 5 de febrero de 1971. I.C.J.Report 1970, pág. 12

un Estado con la comunidad internacional en su conjunto. Por consiguiente, la práctica de la esclavitud ha sido reconocida universalmente como crimen de lesa humanidad;¹³ y el derecho a no ser sometido a esclavitud se considera fundamental: que todas las naciones están legitimadas para denunciar a los Estados Unidos infractores ante la Corte de Justicia.¹⁴

Esclavitud contemporánea

El 26 de marzo, se celebra el día internacional contra la esclavitud, uno de los temas que más preocupa y más vergüenza le causan a la humanidad.

La esclavitud como forma de trabajo forzado ha sido abolida en todos los países del mundo pero la abolición, no implica su desaparición, la esclavitud es una realidad que aun subsiste.

La Organización Internacional para el Trabajo (OIT), busca desaparecer la esclavitud para el año 2015; quien advirtió que todavía existen doce millones de esclavos en el mundo. Un diez por ciento se encuentra en América Latina. Esto sucedería casi 210 años que el Parlamento británico aprobase por primera vez un proyecto para poner fin al comercio de esclavos en Inglaterra.

Aproximadamente sesenta a cien años, la esclavitud afectaba a indígenas de Guatemala, Bolivia, Perú y Ecuador, ya que antes eran peones colonos que prestaban su mano de obra, sin salarios, y sin libertad para salir de la grandes fincas; muchas de estas prácticas fueron por las reformas liberales de los años 50 y 60 pero aun sigue existiendo en estados donde su presencia es muy débil.

¹³La Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, en septiembre de 2001 afirmó en su declaración final: ...reconocemos así mismo que la esclavitud y la trata de esclavos, especialmente la trata transatlántica de esclavos, constituyen, y siempre deberían haber constituido, un crimen de lesa humanidad.

¹⁴Renee Colette Redman. The League of Nations and the Right to be Free Enslavement: the First Human Right to be Recognized as Customary International Law. Chicago Kent Law Review, vol 70, 1994, págs 759 y 780.

El trabajo forzoso es la nueva forma de esclavitud de hoy en día y afecta a mujeres y a niños, en un altísimo porcentaje sobre los hombres.

Trabajo de servidumbre

Cuando el ser humano se ve obligado a pagar con trabajo como resultado de engaño, o la aceptación de un préstamo porque tiene que someterse a trabajos forzados, los siete días de la semana durante los 365 días del año y su deuda casi siempre se pasa a las siguientes generaciones.

El reclutamiento obligatorio

Consiste en privar a las personas de libertad a través del reclutamiento obligatorio, para prestar servicio militar tanto en situación de una guerra como en tiempos de paz.

La trata o tráfico de humanos

Consiste en el intercambio, comercio o transporte de seres humanos, en su mayoría menores de edad y mujeres, quienes luego se prostituyen o hacen trabajo doméstico bajo engaños y maltratos en el caso de las mujeres, trabajos forzados en el caso de hombres. Este tipo de esclavismo ocurre con más frecuencia en las fronteras y es una forma de explotación donde redes bien estructuradas del crimen organizado ganan mucho dinero; ya que su principal destino son las grandes urbes de los países desarrollados.

Matrimonio forzado o precoz

Mujeres y niñas que son obligadas a casarse sin su consentimiento por lo que luego no tienen escapatoria. Convirtiéndose en esclavas de su propio esposo, muchos de estos matrimonios forzados son arreglados por los padres.

Los niños adoptados

Por lo general niñas y niños son vendidos en países subdesarrollados a personas que adoptan principalmente provenientes de países desarrollados,

y que lamentablemente no existe una forma de control para determinar si estas personas no esclavizan a los mejores de edad bajo su nueva tutela.

Turismo sexual

Es una práctica muy en moda en los países en vías de desarrollo y en los subdesarrollados donde existe toda una red de prostitución al servicio de turistas de otros países.

Trabajo Infantil

Se aplica a todos los niños entre los seis y diecisiete años que en su mayoría son empleados en empresas del sector privado o fábricas como mano de obra barata, trabajando en malas condiciones con sueldos mínimos.

Regulación legal de la esclavitud en Guatemala

La Convención sobre la Esclavitud

Suscrita por Guatemala en Ginebra Suiza en 1926; ratificada según Decreto Ley número 110-83 con fecha 16 de septiembre de 1983; declarada la adhesión el 16 de septiembre de 1983; depositada la adhesión el 11 de noviembre de 1983 en la Organización de Naciones Unidas –ONU- y finalmente publicada el 07 de diciembre 1983; viene a convalidar el compromiso de Guatemala en la lucha contra el flagelo de la esclavitud.¹⁵

Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud

Suscrito por Guatemala el 7 de diciembre de 1953; ratificado según Decreto Ley número 110-83 con fecha 16 de septiembre de 1983; declarado a adhesión el 16 de septiembre de 1983; depositado el 11 de noviembre de 1983 en la Organización de Naciones Unidas –ONU- y finalmente publicado el 07 de febrero de 1984.¹⁶

¹⁵ Informe Nacional presentado de conformidad con el párrafo 15 (A) del anexo a la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos, Ginebra 5 a 16 de mayo de 2008.

¹⁶ Ibid

Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud

Suscrita por Guatemala el 07 de septiembre de 1956; ratificada según Decreto Ley número 111-83, del 16 de septiembre de 1983; depositada en la Organización de Naciones Unidas –ONU- el 11 de noviembre de 1983 y finalmente publicada el 08 de diciembre de 1983.¹⁷

La Constitución Política de la República de Guatemala

Principalmente en el Artículo 4º, estipula que:

Libertad e Igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer cualesquiera que sea su estado civil tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.¹⁸

El Artículo 46 constitucional, se refiere a la Preeminencia del Derecho Internacional: “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”.¹⁹

En este caso habría que hacer la salvedad que si bien es cierto el Convenio sobre la Esclavitud, firmado por Guatemala, tiene preeminencia sobre el derecho interno, más no sobre la Ley Fundamental, que es la Constitución Política de la República de Guatemala.

¹⁷Ibidi

¹⁸Constitución Política de la República de Guatemala Tipografía Nacional 1986.

¹⁹Ibid

El Código Penal (Decreto número 17-73)

En el Artículo 202, hace referencia al sometimiento a servidumbre, y lo estipula de la siguiente manera: “Será reprimido con prisión de dos a diez años quien redujere a una persona a servidumbre u a otra condición análoga y a quienes la mantuvieren en ella”.²⁰

Si bien es cierto que no se hace mención al término esclavitud, la servidumbre se considera como una forma de ella, tal como se verá a continuación: el término servidumbre se refiere a cuando las personas se ven obligadas a pagar con trabajo como resultado de engaño, o la aceptación de un préstamo por lo que tienen que someterse a trabajos forzosos, los siete días de la semana durante los 365 días.

El mencionado Artículo del Código Penal: se refiere a servidumbre u otra condición análoga, entendiéndose como otra forma de esclavitud.

Esclavitud contemporánea en Guatemala

Conforme las sociedades evolucionan así también evolucionan formas de esclavitud cada día más sofisticadas, que abarcan desde las amenazas a la coacción sobre la persona que se ejerce la esclavitud.

La esclavitud no es particular de una cultura o de una nación: es triste confirmar que se halla en varias partes, Guatemala, por supuesto no es la excepción, para denunciar solo algunos casos se puede hablar de los niños explotados en la calle por adultos, quienes les privan de sus ganancias por medio de coacciones y amenazas.

Existe además en el país el uso de trata de personas, tantos guatemaltecos que son llevados por engaños a otros países, como de hermanos latinoamericanos que cruzan el país en busca del sueño americano y por lo tanto son presa fácil de redes del crimen organizado especializadas en la trata y tráfico ilegal de personas.

²⁰Código Penal (Decreto número 17-73)

Otra forma de esclavitud que se da en el país es el uso de domésticas pobres del interior en su mayoría analfabetas, que son engañadas por sus patrones; quienes les prometen sueldos que jamás les pagarán, quienes además les vedan otros derechos laborales.

Lamentable en el área rural se da este flagelo, del esclavismo contemporáneo, con otras aristas como la contratación de campesinos pobres a cambio de un sueldo de subsistencia para realizar tareas agrícolas en el interior del país.

En el país se reproducen todos los modelos de esclavitud de otros países, y más aun aunado a la cultura y a la poca educación de un buen grueso de la población debido a la falta de acceso a la misma, principalmente en el área rural donde predominan zonas de pobreza extrema.

Muchos padres optan por vender a sus hijos a cambio de seguir manteniendo a los otros que les quedan; práctica usada tanto por indígenas y por ladinos.

Solo la educación puede cambiar la situación que afronta Guatemala, referente a este tema por demás decirlo aberrante e inhumano.

Consideraciones finales

En Guatemala, se encuentra arraigada la esclavitud en sus diferentes manifestaciones; por lo que debe de crearse una instancia para que vigile y controle la esclavitud y demás formas de las mismas, y hacer cumplir de esta forma los diferentes convenios y tratados que Guatemala en materia de esclavismo en específico y en materia de derechos humanos en general, debiendo ser acorde a la legislación nacional sobre el tema.

Según el Convenio contra la Esclavitud de 1926 y su Convención suplementaria de 1956, las Naciones Unidas consideran a la esclavitud como:

- a) Un crimen de guerra cuando es practicado por un Estado beligerante contra nacionales de otro Estado beligerante;

- b) Un crimen de lesa humanidad, cuando son practicados por funcionarios públicos contra cualquier persona independientemente de las circunstancias y de la nacionalidad de ésta;
- c) Un delito internacional común cuando son practicados por funcionarios públicos o particulares contra cualquier persona.²¹

Actualmente el Convenio contra el Esclavismo de 1926 y su Convención suplementaria de 1956, deberían de estudiarse y modificarse por parte de las Naciones Unidas como ente rector, para estar acorde a las diferentes formas de esclavismo contemporáneo existente.

Guatemala, como Estado Constitucional debe ser obligadamente garante de las libertades fundamentales individuales, debe combatir este flagelo tomando las medidas preventivas y correctivas pertinentes, cumpliendo y haciendo cumplir la ley, así como creando la legislación necesaria para fortalecer la lucha contra el esclavismo moderno.

²¹ Convención sobre la Esclavitud de 1926; y su Convención Suplementaria de 1956, ambas de las Naciones Unidas.

BIBLIOGRAFÍA

1. Acuerdo Internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal denominado trata de blancas (1904). League of Nations Treaty Series, vol. 1, pág. 83: entró en vigor el 18 de julio de 1905.
2. Awad, M. (1971). Cuestión de la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus prácticas y manifestaciones, incluidas las prácticas esclavizadoras del apartheid y del colonialismo, ONU.
3. Bales, K. (1999). La Nueva Esclavitud en la Economía Global, Prensa de la Universidad de California.
4. Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. (Belgium vrs Spain) fallo de 5 de febrero de 1971. I.C.J.Report 1970, pág. 12Pérez, I. (1984).
5. Burton, M. (1941). The Assembly of the League of Nations, page 253.
6. Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. (2001)
7. Código Penal (Decreto número 17-73)
8. Constitución Política de la República de Guatemala Tipografía Nacional (1986).
9. Convención sobre la Esclavitud (25 de septiembre de 1926)
10. Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)
11. Declaración Relativa a la abolición universal de la trata de esclavos. (8 de febrero de 1815). Consolite Series, vol. 63 No. 473.

12. Declaración Relativa a la abolición universal de la trata de esclavos. (8 de febrero de 1815). Consolite Series, vol. 63 No. 473.
13. Fray Bartolomé de las Casas: Brevísima relación de su vida, diseño de su personalidad, síntesis de su personalidad, Salamanca, ed. San Esteban.
14. Informe de la Comisión Temporal sobre la Esclavitud al Consejo de la Sociedad de las Naciones. (1924)
15. Informe Nacional presentado de conformidad con el párrafo 15 (A) del anexo a la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos, Ginebra 5 a 16 de mayo de 2008. ONU. (1963). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1963, vol. II
16. Nanda V. y Bassiouni C. (1971). Slavery and the Slave Trade: Steps Toward Erradicatios. Santa Clara Lawyer, vol. 12. pages 424 y 430.
17. ONU. (1951) Informe del Comité Especial de Expertos sobre la esclavitud.Revista C 4. Edición 27 de febrero de 2012. Guatemala C.A.
18. Plant, R. (2007). Responsable del programa contra el trabajo forzado de la OIT.
19. Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926.
20. Redman, R. (1994). The League of Nations and the Righth to be Free Enslavement: the First Human Righth to be Recognized as Customary International Law. Chicago Kent Law Review, vol 70, pages 759 y 780.
21. United Nations Treaty Series. (1957). Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956. Vol. 266, pág. 3.



**ANTECEDENTES
HISTÓRICOS DE LA
DISCRIMINACIÓN DE
LA MUJER Y
LA INCIDENCIA EN SU
ACOSO SEXUAL**

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER Y LA INCIDENCIA EN SU ACOSO SEXUAL

M.A. Edgardo Enrique Enríquez

La historia universal señala, claramente, cinco formaciones económico-sociales, que han sentado las bases y son referentes del desarrollo de la humanidad, siendo estas: la Comunidad Primitiva, el Esclavismo, el Feudalismo, el Capitalismo y el Socialismo, infortunadamente para la mujer, desde la comunidad primitiva pasando por estos estadios fue relegada a un segundo plano, con un breve período de excepción, que fue dentro del matriarcado.

-Sistema patriarcal:

El Patriarcado, analizado desde el punto de vista del género, es para Camacho, citado por Alda Facio:

El sistema jerárquico de relaciones sociales políticas y económicas que tomando como excusa una diferencia biológica sexual y su significado genérico, establece, reproduce y mantiene al hombre como parámetro de la humanidad otorgándole una serie de privilegios e institucionalizando el dominio masculino sobre las mujeres. Esta opresión se manifiesta de diferentes maneras en distintas sociedades, en todos los ámbitos en que se desarrolla la vida y se entrelaza con otros factores como la preferencia sexual, la edad, la etnia, la clase, la religión, la discapacidad, etc. Aunque existen otras relaciones opresivas entre los hombres de todos los estratos y algunos con poderes y privilegios, evidenciando que el fin último del sistema patriarcal es la manutención y perpetuación de la superioridad y el poder masculino sobre las mujeres.¹

¹ Camacho, R. citado por Alda Facio. Cuando el género suena, cambios trae. ILANUD, Costa Rica, 1992. Pág. 153

Por su parte, Sau, define el patriarcado como:

Una toma de poder histórica por parte de los hombres sobre las mujeres cuyo agente ocasional fue de orden biológico, si bien elevando este a la categoría política y económica. Dicha toma de poder pasa forzosamente por el sometimiento de las mujeres a la maternidad, la represión de la sexualidad femenina y la apropiación de la fuerza de trabajo total del grupo dominado, del cual su primer pero no único producto, son los hijos. El Patriarcado consiste en el poder del padre: un sistema familiar y social, ideológico y político con el que los hombres a través de la fuerza, la presión directa, los rituales, la tradición, la ley, el lenguaje, las costumbres, la etiqueta, la educación y la división del trabajo determinan cual es o no el papel que las mujeres deben interpretar con el fin de estar en toda circunstancias sometidas al varón.²

Acerca de la relación entre el patriarcado y el androcentrismo, Lagarde, indica:

El Androcentrismo: se da cuando un estudio, un análisis o investigación se enfoca desde la perspectiva masculina únicamente, presentando la experiencia masculina como central a la experiencia humana y por ende como la única relevante. Consiste en ver al mundo desde lo masculino tomando al varón de la especie como parámetro o modelo de lo humano. Dos formas extremas de androcentrismo son: la misoginia y la ginópsia. La primera consiste en el repudio u odio a lo femenino y la segunda, a la imposibilidad de ver lo femenino y a la invisibilización de la experiencia femenina. El androcentrismo se entrelaza y completa con la misoginia. Tras la sobrevalorización de los hombres y lo masculino, se inferioriza y subvalora a las mujeres y a lo femenino. La dominación patriarcal pone en condiciones sociales de subordinación a las mujeres y las convierte en invisibles, simbólicas e imaginarias: no obstante la presencia de las mujeres, no son

²Sau, Victoria. Diccionario ideológico feminista. Barcelona, España. Págs. 238,239.

vistas o no identificadas ni reconocidas de algunas de sus características. La misoginia se produce se sostiene que las mujeres son impotentes por incapacidad propia, y de manera central, cuando se hostiliza, se arremete y se somete a las mujeres haciendo uso de su legitimidad patriarcal”.³

Por todo lo expuesto, es necesario sumar esfuerzos para que cambie la identidad tradicional, principalmente en países como Guatemala, en donde está muy arraigada la ideología del patriarcado. Al respecto Echeverría De León, expone: “Aunque si bien es cierto en el origen del patriarcado hay una razón biológica de las diferencias sexuales entre los hombres y las mujeres, mismas que son obvias e innegables, éstas no son causas suficientes para justificar la discriminación hacia las mujeres”⁴

En tal sentido se dirá que las ideologías patriarcales no solo perjudican a las mujeres, al ubicarlas en un plano de inferioridad social, sino que limitan a los mismos hombres a pesar de su situación privilegiada por la sociedad. Duverger, opina:

Este cambio de orientación lleva consigo dos consecuencias esenciales: a) comporta una ampliación del campo de estudios tradicional: no se estudian solamente las instituciones políticas regladas por el derecho, sino también las que el derecho ignora más o menos parcial o completamente, y b) las instituciones políticas regladas por el derecho no deben ser estudiadas exclusivamente desde el ángulo jurídico, sino que deben ser analizadas en la forma en que operan de acuerdo con el derecho

³Lagarde, Marcela. Enemistad y sororidad hacia una nueva cultura feminista. Memoria 28. Centro de estudios del movimiento obrero y socialista, México, 1989. Pág. 25.

⁴Echeverría De León, Claudia Margarita. Análisis jurídico social de la discriminación de la mujer en el ámbito político en Guatemala. Universidad de San Carlos de Guatemala, tesis de graduación, Guatemala, 2004. Págs. 6,7.

y también al margen del derecho, determinándose su real importancia en los hechos y no solamente a la luz de los textos jurídicos.⁵

La actual Constitución Política de la República, tiene una parte dogmática, donde garantiza derechos humanos, mismos que serían inoperantes de no existir garantías constitucionales que los hacen efectivos.

-Instrumentos de dominación:

Las sociedades androcéntricas, patriarcales y machistas, se distinguen por poseer instrumentos de dominación en contra del sector femenino del país, proceso que puede ser irreversible, sino se democratiza el Estado, así como en la mentalidad social, que debe aprender a vivir con base en el principio de igualdad, no solo ante la ley, sino que cada uno de los géneros, tengan las mismas oportunidades de desarrollarse integralmente. Los instrumentos de dominación están estrechamente ligados con las relaciones de poder, que los hombres utilizan contra las mujeres, esto es el sistema patriarcal, que ha creado leyes que esclavizan a las mujeres, y que en el transcurso de la historia ha creado un marco de dominio que se refleja en el poder económico, político y sexual del hombre. Es necesario indicar, que los instrumentos de dominación empiezan en el hogar, y siguen en la escuela y en los entornos laboral y social, que mantienen a la mujer en un estado de discriminación y marginamiento permanentes.

Pérez Valera, al respecto señala:

También puede darse la crisis moral, como respuesta rebelde y acrítica a inadecuados enfoques éticos del pasado: un excesivo rigorismo moral o una “doble moral”, manifestada sobre todo en una hipersensibilidad de valores individuales e insensibilidad

⁵Duverger, Maurice. Instituciones políticas y Derecho Constitucional. Ediciones Ariel, S. A. Barcelona, España, 1984. Pág. 7.

a valores sociales, o en una moral para el hombre y otra para la mujer. Sin embargo, el rechazo a ésta y otras esquizofrenias morales no deberían generar un amoralismo.⁶

La historia demuestra, que la niña era educada para ser una esposa y madre, exclusivamente dedicada a las labores del hogar sin ninguna injerencia en la vida pública, estereotipo cuya visión androcentrista destaca en su obra "El Emilio" o "De la Educación", libro quinto, Juan Jacobo Rousseau sobre el comportamiento que debía tener Sofía ante Emilio, su esposo. Es hasta mediados del siglo XIX, que en Europa, se reconoce que la mujer debe tener acceso a la educación.

-Filosofía feminista y sus teorías:

Las teorías feministas pretenden dar contenido científico al anhelo de la mujer por obtener su propia dignificación de género, así como el impulso de una metodología, que permita tener al feminismo, como instrumento idóneo que erradique toda forma de violencia y discriminación de la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. El feminismo es la antítesis del machismo y lo patriarcal, y proyecta en dos direcciones los estudios de género: la primera abarca las ciencias sociales, como la Sociología, Antropología, Psicología. Derecho, Biología y Trabajo Social. La segunda, por medio de importantes teorías, con aportes vitales. La Unidad de la mujer del Organismo Judicial de Guatemala, en una de sus publicaciones, sobre esto, se ha pronunciado:

De las diversas teorías feministas; de ellas se citan: El Feminismo e la Diferencia, surgido en la década de los 80, es el que afirma que las diferencias entre mujeres y hombres existen, principalmente las físicas o biológicas, pero que deben ser

⁶ Pérez Valera, Víctor Manuel. Deontología Jurídica. La ética en el ser y quehacer del abogado. Impresiones SERVIGRAPHICS, México, 2008. Pág. 3.

consideradas dese un plano de diferenciación y no de jerarquización. O sea, que no acepta la supremacía de los hombre ni la inferioridad y la secundariedad de la mujer.⁷

Para esta teoría, el trato diferencial solamente se justifica por las diferentes necesidades que tienen las mujeres, así como por cuestiones intra género, pero nunca aceptará un trato injusto entre ambos géneros. Hay otra teoría que se conoce como el feminismo de la igualdad, en donde se construye una nueva sociedad, basada en la igualdad legal y de oportunidades. Las mujeres no quieren ser iguales a los hombres, sólo quieren oportunidades equitativas. También existe la teoría del feminismo liberal, que pretende insertar a la mujer en todos los planos de la vida social, y por la coyuntura que le tocó vivir, se especializó en la discriminación legal de la mujer, que impedían el goce de sus derechos en un plano de igualdad, con respecto al otro género. En su publicación, la Unidad citada, expone:

La principal contribución de esta corriente del pensamiento, a los Estudios de Género se ha focalizado hacia la propuesta de crear nuevas leyes y de introducir reformas legales en las existentes, a efecto de conseguir la igualdad legal y real entre hombre y mujeres”. Sobre el feminismo socialista, el documento citado, afirma: Esta teoría plantea la necesidad de realizar análisis de clase y de género para identificar los mecanismos que mantienen la opresión de las mujeres.⁸

En ese orden, propone la eliminación del patriarcado y las clases dominantes, su aporte al trabajo doméstico ha sido notable, por el enfoque social que le da como sostén a la familia. En Guatemala, las teoría del feminismo de la igualdad, como el liberal, han influido en gran medida, el primero al recomendar la jerarquización

⁷ Unidad de la mujer y análisis de género del Organismo Judicial, Metodología de género. Guatemala, 2009. Pág.7

⁸ *Ibíd.* Pág. 9

constitucional del Derecho de igualdad ante la ley, y el segundo, porque con base en la igualdad legal, se han promulgado una serie de leyes importantes, que tienden a la protección de la mujer guatemalteca, a todo nivel, pero principalmente a la del amparo, de quien ha sido olvidada ancestralmente y de manera sistemática.

-El acoso sexual contra la mujer:

El proceso de dignificación de la mujer, no ha sido fácil y, en pleno siglo veintiuno todavía sigue siendo marginada y víctima de ataques entre los que destaca el acoso sexual; sin embargo la reivindicación está en marcha de la mano de la Constitución de 1985, que es de corte humanista, y le da vida al género femenino en su artículo 4, el cual establece:

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

La Corte de Constitucionalidad, sobre el principio de igualdad, ha sentado la jurisprudencia siguiente:

El principio de igualdad, plasmado en el artículo 4o. de la Constitución Política de la República impone que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma; pero para que el mismo rebase un significado puramente formal y realmente efectivo, se impone también que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme sus diferencias. Esta Corte ha expresado en anteriores casos que este principio de igualdad hace una referencia a la universalidad de la ley, pero no prohíbe, ni se opone a dicho principio, el hecho que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de clasificar y diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, siempre que

tal diferencia tenga una justificación razonable de acuerdo al sistema de valores que la Constitución acoge.⁹

El tribunal Constitucional guatemalteco, conjuga el hecho de tener al principio de igualdad, como el eje central de lo que debe entenderse por el valor justicia, tal y como lo ha sostenido la doctrina y el Derecho comparado más desarrollado. La Corte también ha dicho:

La cláusula precitada reconoce la igualdad humana como principio fundamental, que ha sido estimado en varias resoluciones de esta Corte. Al respecto debe tenerse en cuenta que la igualdad no puede fundarse en hechos empíricos, sino se explica en el plano de la ética, porque el ser humano no posee igualdad por condiciones físicas, ya que de hecho son evidentes sus desigualdades materiales, sino que su paridad deriva de la estimación jurídica. Desde esta perspectiva, la igualdad se expresa por dos aspectos: Uno, porque tiene expresión constitucional; y otro, porque es un principio general del Derecho. Frecuentemente ha expresado esta Corte que el reconocimiento de condiciones diferentes a situaciones también diferentes no puede implicar vulneración del principio de igualdad, siempre que tales diferencias tengan una base de razonabilidad.¹⁰

Definición de acoso sexual:

La OIT define el acoso sexual: “Insinuaciones sexuales indeseables o un comportamiento verbal o físico de índole sexual que persigue la finalidad o surte el efecto de interferir sin razón alguna en el rendimiento laboral de una persona, o bien crear un ambiente de trabajo intimidante, hostil u ofensivo”¹¹

⁹Gaceta No. 24, expediente: 141-92, sentencia 16/6 (92. Pág. 14)

¹⁰Gaceta No. 59, expediente: 482-98, resolución: 4/11/98. Pág. 698

¹¹<http://www.esmas.com/salud/home/noticiashoy/517957.html> Cita del 18-07-2011 18:00 horas.

Dexeus Santiago y Farré, manifiestan que es la: “Petición sexual o favor sexual que solicita una persona con poder jerárquico a otra, en forma coercitiva intimidándola a realizar lo que no desea”.¹²

Por su parte, Revolorio González, lo define así: “El acoso sexual es la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo. Este puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales indeseados”¹³.

El Diccionario enciclopédico, da la siguiente: "Acosar deriva del latín (ad, acusare, correr), que significa fatigar a alguien ocasionándole molestias y trabajos"¹⁴.

- Sujetos de la acción:

En esencia, hay dos clases de sujetos, el activo que es el acosador y el pasivo que es la víctima. En ambos casos, sólo pueden ser personas físicas las que den vida a la relación de causalidad, en el delito de acoso sexual. Valenzuela Oliva, ilustra esta situación al exponer: “Sabemos que en toda disposición penal hay una figura prohibida y un bien jurídico protegido, contenido que necesariamente apunta a la participación de una o más personas y el agravio de otra u otras, es decir, por un lado el sujeto activo, agente o hechor, y por el otro el sujeto pasivo o víctima”¹⁵.

Sobre el sujeto pasivo, el mismo autor afirma:

Ahora bien, el sujeto pasivo es una o más personas ofendidas; pero es la sociedad, extensivamente, la que sufre el daño, puesto que se altera su desenvolvimiento normal, y es, por

¹²Dexeus, Santiago y Farré, José María. La mujer, su cuerpo y su mente, guía de psicología, sexualidad y ginecología. Temas de hoy, Unam, México, 1993. Págs. 177 y 178.

¹³Revolorio González, Yoli Elizabeth. El acoso sexual en el empleo. Universidad de San Carlos de Guatemala. Facultad de CC.JJ. y SS. Tesis de graduación, Guatemala, 1999. Pág. 75.

¹⁴Diccionario enciclopédico abreviado, tomo I. Editorial Espasa-Calpe Madrid, España. 1957. Pág. 121

¹⁵Valenzuela Oliva, Wilfredo. Derecho Penal. Editorial Universitaria de la Universidad e San Carlos de Guatemala, 2004 Pág. 44.

su personalidad, la titular de todo bien jurídico tutelado que se lesione, tomada esa personalidad, como juicio universal de valor, procurando la seguridad y protección a la vida humana.¹⁶

En el caso del acoso sexual, el daño es extensivo para la familia de quien lo sufre, por la enfermedad, estrés, presión a renunciar a su trabajo a que se ve compelida la víctima. El citado autor, expresa:

En la Organización de Naciones Unidas y su discusión y aprobación, se propuso el siguiente enunciado de víctima: Es la persona que ha sufrido una pérdida, daño o lesión, sea en su persona propiamente dicha, su propiedad o sus derechos humanos, como resultado de una conducta que a) constituya una violación a la legislación penal nacional; b) constituya un delito internacional, el cual sea una violación a los principios sobre derechos humanos reconocidos y ratificados internacionalmente, y c) que de alguna forma implique un abuso de poder por parte de personas que ocupen posiciones de autoridad política o económica. La víctima puede ser un individuo o una colectividad, incluyendo grupos, clases o comunidades de individuos, corporaciones económicas o comerciales y/o grupos u organizaciones políticas.¹⁷

Los elementos que sobre víctima, da la ONU, son de suma importancia, adecuándolos al delito de acoso sexual.

-Contexto del acoso sexual:

Definitivamente, cuando se da el acoso sexual, este no necesariamente se imita al acceso carnal, sino que tiene etapas previas, pero en todas hay una coacción en contra de la mujer-víctima, que daña su libertad sexual. A continuación, se individualizan las clases siguientes:

a) El acoso sexual, proveniente de la violencia intrafamiliar, en donde el acosador, pretende en forma reiterada y continua, establecer

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid. Pág. 45.

o restablecer, relaciones de pareja o íntimas con la mujer-víctima. Se da principalmente en casos de separación o divorcio, o provenientes de relaciones incestuosas.

b) El laboral, donde; en un país como Guatemala, la mujer es la que más lo padece, por las relaciones de poder que el hombre ostenta y se aprovecha de ellas para obtener favores sexuales. En esta clase, hay un manto de impunidad muy grande, ya que son escasas las víctimas que se atreven a denunciar al sujeto acosador

c) También está el acoso económico, en donde el agresor, sabe de las necesidades o penurias de la víctima, y saca provecho de ello. La crisis económica que actualmente agobia al país provoca, una vez más, que la mujer, sea el blanco más fácil con respecto del otro género.

d) El ataque físico directo, que si bien no provoca lesiones corporales, lo hace en otros ámbitos de la persona ofendida, no hay que olvidar que las lesiones no sólo son en el cuerpo, sino también en la mente.

e) Se encuentra también el acoso sexual, psicológico o emocional, acá se ve una manipulación que de la víctima hace el victimario, por el exagerado dominio mental que ha obtenido, al quebrarle la personalidad a aquél. En ese sentimiento de dominio, se encuentra una cuestión polifacética, donde él o la agraviada tiene sentimientos de admiración, temor, amor y sujeción.

Dentro de las definiciones, que contempla la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, se encuentra la contenida en el artículo 3 literal j) que literalmente dice:

Violencia contra la mujer: Toda acción u omisión basada en la pertenencia al sexo femenino que tenga como resultado el daño inmediato o ulterior, sufrimiento físico, sexual, económico o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en el ámbito privado.¹⁸

¹⁸Decreto No. 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala.

Lo expuesto por la ley, deja claro que el acoso sexual se asocia de manera muy directa con cualquier tipo de violencia contra la mujer y es obligación del Estado crear políticas y estrategias institucionales, para protegerla, y una de las maneras más eficaces para lograrlo es por medio de la tipificación del delito de acoso sexual. Importante es mencionar que el mismo artículo citado, en su literal m) define lo que es la violencia psicológica o emocional, así:

Acciones que pueden producir daño o sufrimiento psicológico o emocional a una mujer, a sus hijas o a sus hijos, así como las acciones, amenazas o violencia contra las hijas, los hijos u otros familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de la víctima, en ambos casos con el objeto de intimidarla, menoscabar su autoestima o controlarla, la que sea sometida a ese clima emocional puede sufrir un progresivo debilitamiento psicológico con cuadros depresivos.¹⁹

Por la diversidad de clases de acoso sexual, es necesario que el legislador guatemalteco, cuando algún día cree la figura delictiva, tome en cuenta todos los parámetros de cada una de ellas, para que sea una norma positiva, que proyecte certeza jurídica, y la certidumbre en la víctima.

- Antecedentes históricos:

Ha sido México, el país donde claramente se formó un proceso de rechazo al acoso sexual, en virtud del cual en donde las mujeres cansadas de ser hostigadas, empezaron a hacer pronunciamientos en el año de 1975.

Posteriormente, en 1990, un grupo de Diputadas, lanzaron al mundo una proclama en contra del acoso sexual, donde se detalló los daños integrales que provoca. Echeverría De León, al respecto comenta:

¹⁹Ibid.

Debemos comenzar por hablar de la participación de la mujer en la historia de la humanidad, lo cual tenemos que hacer desde una perspectiva de género, ya que si estudiamos sólo así la historia, nos daremos cuenta, lamentablemente que no vamos a encontrar la participación femenina, esto debido a muchos factores, por ejemplo, el no ser consideradas seres humanos sino cosas, como en la primigenia Roma, ó por estar sometidas por entero al hombre de conformidad con las creencias religiosas, tal el caso de los antiguos hebreos, o en las culturas asiáticas musulmanas, budistas, etc. Razones por las cuales su actividad política, artística o científica se veía hondamente limitada, salvo contadas excepciones, tal el caso de Cleopatra, Mesalina, Helena de Troya, que se conservan en libros que han sido preservados hasta nuestros días. A esto hay que agregar que los historiadores, cuyos escritos de la antigüedad se han preservado, en su totalidad, fueron hombres, y por lo tanto, la historia misma es narrada desde el punto de vista de un sistema patriarcal, discriminatorio, centrado y publicitado por los hombres y tal parece que a las mujeres se nos ha sustraído de la existencia humana, ya que en la narración de ésta sólo encontramos la actuación de los hombres.²⁰

Asimismo, se puede afirmar, que desde las listas de la antigua Sumeria, había una tendencia a seleccionar los hechos, que debían quedar registrados, y todo esto era manejado por hombres.

- Bien jurídico tutelado:

En el caso del acoso sexual, es la libertad e indemnidad sexual de la víctima y todos los derechos inherentes a la persona humana, garantizados por la Constitución y las leyes.

- Régimen de la acción:

Par Usen, de la acción dice: "Históricamente la acción, nace como un medio de suprimir la venganza privada, y es a través de ella

²⁰Echeverría De León, Claudia Margarita. Análisis jurídico social de la discriminación de la mujer en el ámbito político en Guatemala. Universidad de San Carlos de Guatemala, facultad de CC. JJ. Y SS. Tesis de graduación profesional, Guatemala, 2004. Pág. 1.

que se logra la satisfacción de un interés público, puesto que en el proceso se logra la solución jurídica, y la seguridad del orden social.”

Dentro de la legislación, la acción, tiene dos normas constitucionales que le dan base legal. La primera es el Artículo 5 el cual establece que toda persona, tiene derecho hacer lo que la ley no prohíbe, no está obligada al acatamiento de órdenes ilegales y no puede ser molestada por su forma de pensar. La otra norma es la 29, que faculta o garantiza a toda persona tener el libre acceso a los tribunales de justicia, y las demás instituciones del Estado, para ejercer sus Derechos y acciones, de conformidad con la ley. Este acceso debe entenderse como la esencia del Derecho, no el simple acto de poder ingresar a las oficinas públicas. De la acción penal, el autor citado expone: "Se mantiene el criterio que a través de la acción penal se hace valer la acción punitiva del Estado, para imponer la pena al delincuente, por un delito cometido".²¹

Lo anterior, deja claro que: cuando el acosador ejerce violencia física, sexual, económica, psicológica, para obtener favores sexuales de la víctima, en contra de su voluntad. El Artículo 10 del Decreto legislativo 22-2008, con respecto al delito de violencia contra la mujer, contiene circunstancias agravantes, que deberán aplicarse, cuando se cree la figura delictiva de acoso sexual, dicha norma, reza:

Las circunstancias que agravan la violencia contra la mujer deben ser analizadas de acuerdo a lo siguiente: a) En relación con las circunstancias personales de la persona que agrede. b) En relación con las circunstancias personales de la víctima. c) En relación con las relaciones de poder existente entre la mujer-víctima y el hombre-agresor, comúnmente. d) En relación al contexto del hecho violento y el daño producido a la mujer-víctima. e) En relación a los medios y mecanismos utilizados para perpetrar el hecho y al daño producido.²²

²¹Par Usen, José Mynor. El juicio oral en el proceso penal guatemalteco. Centro editorial Vile, primera edición, Guatemala, 1997. Pág. 115.

²²Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer Decreto No. 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala.

Lo indicado, es en el entendido que en caso del delito de acoso sexual, se pueden aplicar las agravantes señaladas, a favor de una mujer que sea víctima de ese hecho delictivo.

- **Ámbito de concurrencia:**

Lamentablemente, donde ocurre el acoso sexual, desgraciadamente, es en la propia familia, en donde niños, niñas, jóvenes impúberes, son acosados por sus parientes, tanto dentro de los grados de ley, como los otros que la sociedad reconoce como tales. En los centros educativos y en las iglesias de los diferentes cultos. Laboralmente, tanto en el sector público como en el privado, hay ataques de acoso sexual, que van desde su admisión al empleo, como al conservarlo y luego para ascender a él con mayor facilidad.

La machista sociedad guatemalteca ha impulsado medidas de dominación basadas en ritos; principios educativos, sumamente rígidos; dogmas religiosos, improbables; la división sexual del trabajo y la violencia para mantener dominadas a las mujeres.

En resumen, es preciso enfatizar que el delito de acoso sexual, aunque por ahora no esté penado por la ley, adolece de raigambre cultural como parte de la idiosincrasia guatemalteca, contiene efectos muy negativos que hacen un daño integral a la nación que es de corte eminentemente androcentrista.

Para erradicar dichos efectos nocivos, se debe realizar todo un proceso de eliminación de la insensibilidad del género, porque ello es el obstáculo más importante en la actualidad, para que el legislador cree la figura delictiva correspondiente. Ignorar que los hombres y las mujeres deben participar en el desarrollo social, con base en condiciones de igualdad, es evitar cumplir con una disposición constitucional que es imperativa en este sentido.

Los seres humanos, pero principalmente la mujer, en un país como Guatemala, tiene pleno derecho a gozar de una vida libre de violencia, pero esto sólo se logra con el esfuerzo conjunto del Estado y de la sociedad misma. Debe impulsarse, asimismo, un proceso de ordenamiento de datos desagregados por sexo, para la construcción de brechas de género, es decir, construir indicadores sociales de género, para establecer el aporte de ambos con base en la igualdad genérica de acuerdo a la perspectiva de género y al feminismo filosófico que constituye corriente de pensamiento para evidenciar en todo momento el interés superior de la mujer que hasta el día de hoy ha sufrido discriminación relegándosele a un segundo plano, por lo que resulta imprescindible crear las condiciones de equidad para garantizar los derechos de las mujeres, a una vida libre de violencia y discriminación.

BIBLIOGRAFÍA

1. Alda Facio. Cuando el género suena, cambios trae. ILANUD, 1992.
2. Sau, Victoria. Diccionario ideológico feminista. Barcelona, España.
3. Lagarde, Marcela. Enemistad y sororidad hacia una nueva cultura feminista. Memoria 28. Centro de estudios del movimiento obrero y socialista, México, 1989.
4. Echeverría De León, Claudia Margarita. Análisis jurídico social de la discriminación de la mujer en el ámbito político en Guatemala. USAC, tesis de graduación, Guatemala, 2004.
5. Duverger, Maurice. Instituciones políticas y Derecho Constitucional. Ediciones Ariel, España, 1984..
6. Pérez Valera, Víctor Manuel. Deontología Jurídica. La ética en el ser y quehacer del abogado. Impresiones SERVIGRAPHICS, México, 2008.
7. Unidad de la mujer y análisis de género del Organismo Judicial, Metodología de género. Guatemala, 2009.
8. Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada en 1985 por la Asamblea Nacional Constituyente.
9. Gaceta No. 24, expediente: 141-92, sentencia 16/6/92.
10. Gaceta No. 59, expediente: 482-98, resolución: 4/11/98.
11. <http://www.esmas.com/salud/home/noticiashoy/517957.html>

12. Deseux, Santiago y Farré, José María. La mujer, su cuerpo y su mente, guía de psicología, sexualidad y ginecología. Temas de hoy, Unam, México, 1993.
13. Revolorio González, Yoli Elizabeth. El acoso sexual en el empleo. USAC. Tesis de graduación, Guatemala, 1999.
14. Valenzuela Oliva, Wilfredo. Derecho Penal. Editorial Universitaria de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2004.
15. Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer. Decreto No. 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala.
16. Echeverría De León, Claudia Margarita. Análisis jurídico social de la discriminación de la mujer en el ámbito político en Guatemala. USAC. Tesis de graduación profesional, Guatemala, 2004.
17. Par Usen, José Mynor. El juicio oral en el proceso penal guatemalteco. Editorial Vile, Guatemala, 1997.
18. Castillo Godoy, Delia. Departamento de Comunicación Social, Unidad de la Mujer y Análisis de Género.
19. Ley para Prevenir, Sancionar y Erradica la violencia intrafamiliar, Decreto No. 97-96 del Congreso de la República de Guatemala.
20. Ley de Dignificación y promoción integral de la mujer. Decreto 7-99 del Congreso de la República de Guatemala.
21. * MERGEFORMAT



**PROCESO DE
CONFIGURACIÓN EN
LA DEDUCCIÓN DE
HECHO Y DEDUCCIÓN
DE DERECHO EN EL
PROCESO PENAL
(ELEMENTOS PARA EL EJERCICIO
DE DEFENSA PENAL)**



PROCESO DE CONFIGURACIÓN EN LA DEDUCCIÓN DE HECHO Y DEDUCCIÓN DE DERECHO EN EL PROCESO PENAL

(Elementos para el ejercicio de defensa penal)

Lic. Luis Enrique Quiñonez Zeta

1. El derecho de defensa y la deducción de hecho y deducción de derecho.

El derecho de defensa¹ que se habilita, como resultado de quien es señalado como posible autor de un hecho punible o de participar en él, ante alguna de las autoridades de la persecución penal,² no solo constituye, la intervención activa, consciente y permanente de la persona señalada, sino también la intervención de un defensor técnico,³ que asegure que los

¹ “(...) el derecho primario de todo procedimiento por medio del cual pretende afectar a una persona, es el de defensa, el cual se observa cuando se otorga la audiencia debida al afectado, para que éste manifieste lo que considere pertinente en relación a las pretensiones de la contraparte.” Gaceta No. 90. Expediente 2600-2008. Sentencia de fecha 06/10/2008.

² “(...) corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal pública con el objeto que determine, por medio del diligenciamiento de los respectivos elementos de prueba, si concurre un hecho ilícito, las circunstancias en que pudo ser cometido y la posible participación del sindicado, y requerirá al juez contralor de la investigación la citación del denunciado, con el objeto que este presente su declaración respecto a los hechos que se le imputan, y ejerza su derecho de defensa, tanto material, como técnica...” Gaceta numero 88. Expediente 1099-2008. Sentencia de fecha 24 de Junio de 2008. Corte de Constitucionalidad. Del artículo 251 de la Constitución Política de la República, integrado, con el 107 del Código procesal penal, se establece que el ejercicio de la persecución penal le corresponde al Ministerio Público, como también la dirección de la Policía Nacional Civil en su función investigativa dentro del proceso penal.

³ El artículo 12 de la Constitución Política de la República se integra en forma congruente con los artículos 8.2. d) y e) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Pacto de San José; y 14. 3. b) y d) Del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establecen como garantías mínimas de la persona, el de ser asistido por un defensor de su elección, y en todo caso, el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor, gratuito, proporcionado por el Estado, cuando no nombre defensor dentro del plazo establecido por la ley, o carezca de medios económicos para pagarlo. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “MENORES DETENIDOS EN HONDURAS”, informe 41/99, párrafo 152, indica: “...conforme al artículo 8, inciso 2, literal e) de la Convención Americana, el Estado Hondureño tiene el deber jurídico de proveer de un defensor de oficio a los menores, cuando no tengan defensor particular, en todos los actos procesales, y desde el momento en que se les imputa una infracción. 10/3/99

derechos y garantías reconocidos en la ley, sean efectivamente ejercitados.⁴

La titularidad del derecho de defensa corresponde, entonces, al señalado (imputado, procesado, acusado, penado) que en relación autónoma e integrada con la defensa técnica, asegure efectivamente la presentación de alegatos, la aportación de prueba, y el uso de los remedios procesales y medios de impugnación ante los órganos jurisdiccionales competentes.⁵ De tal cuenta señala Ferrajoli “Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes; en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación..., exige que el imputado este asistido por un defensor en situación de competir con el ministerio público...”⁶

Si como indica el artículo 5 del Código Procesal Penal, el objeto del proceso es la averiguación de un hecho señalado como delito o falta,⁷ y entre otros, las circunstancias en que pudo ser cometido y la participación del sindicado, sugiere entonces, que la defensa en el ámbito penal, o meramente en juicio penal, deberá dirigirse, entre otros, al control de la determinación de los hechos que van a ser jurídicamente calificados, es

⁴En la etapa preparatoria se distinguen tres tipos de investigación: De prevención, preliminar a la persecución penal, y preparatoria de la acción penal. Rosales Barrientos, Moisés Efraín. El juicio Oral en Guatemala, Técnicas para el debate. Editor Publi-juris, Segunda Edición, Guatemala, 2006. Pág. 238 y ss. Tomar en cuenta el apartado de los Actos Introdutorios art 297 al 308 Código procesal penal.

⁵Refiriéndose al derecho de defensa indica: “Este derecho se manifiesta por medio del derecho de audiencia o a ser oído, también denominado audi alteram parte o notice and hear, el derecho al expediente, el derecho a formular alegatos y presentar pruebas, derecho a una decisión expresa, motivada y fundada en derecho, el derecho a recurrir y el derecho a la justicia.” Gaceta No. 89 Expediente 2165-2008 Sentencia de fecha 05/09/2008.

⁶Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta, S.A. Madrid, Tercera Edición, 1998. Pág. 614.

⁷La Corte de Constitucionalidad al hacer referencia al artículo 17 de la Constitución Política de la República indica: “Este principio, que a su vez constituye una garantía para un juzgamiento conforme al principio jurídico del debido proceso, constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática, e impone la obligación al legislador ordinario de definir en la forma más clara y precisa posible (lex certa) cuáles son esas “acciones u omisiones” que son consideradas punibles mediante la determinación de tipos penales que contemplen una clara definición de la conducta incriminada, concretizar sus elementos y permitir así deslindar conductas punibles de aquellas que no lo son.” Gaceta No. 79 Expediente 1122-2005. Sentencia de fecha 01/02/2006

decir, si el hecho aconteció y si determinada persona es responsable del mismo. Así también, de vital importancia que dicha actividad, asegure el cumplimiento, como barrera de contención, de los límites al ius puniendi del Estado, como lo ilustra Maier, cuando indica que “la averiguación de la verdad no presenta un fin absoluto para el procedimiento penal, sino, antes bien, un ideal genérico a alcanzar, como valor positivo de la sentencia final, que se relaciona y coexiste con otras funciones del procedimiento –en especial: la protección de la dignidad individual y los valores reconocidos a la persona-,...”⁸

Pero que significa afirmar que el hecho efectivamente aconteció y que determinada persona es responsable de ello. Tal cuestión, se considera oportuno abordar desde la perspectiva probatoria y el derecho al contradictorio,⁹ como instrumentos precisos, del abogado que ejerce defensa penal, dando significado a la afirmación señalada por Ruiz Moreno, respecto a que “...el único derecho válido es aquel que surge de los hechos acaecidos que constituyen el dato histórico, cuyos principios deben ordenarse y comprenderse partiendo de los casos particulares para remontarse luego a la norma general que se infiere de todos esos hechos.”¹⁰

2. La prueba en la deducción de hecho y deducción de derecho.

¿Qué significación tiene el establecer que un hecho aconteció?, posiblemente la afirmación, en forma general, que ello es verdadero, puesto que “...el concepto de verdad alude siempre a una relación de conocimiento,

⁸Maier, Julio B. J., Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto s.r.l. Segunda Edición. Buenos Aires 1996. Pág. 869 .

⁹La Corte de Constitucionalidad al examinar el derecho al debido proceso, regulado en el artículo 12 de la Constitución Política de la República, se refiere al derecho al Contradictorio cuando afirma: “Como parte de este derecho de rango constitucional está la oposición, que es una noción de resistencia a la pretensión, es decir, la petición que el demandado hace al tribunal como reacción a la pretensión formulada contra el por el demandante...” Gaceta No. 89 Expediente 2165-2008 Sentencia de fecha 05/09/2008.

¹⁰Ruiz Moreno, Martín T.; citado por José Fernando Velásquez Carrera. Introducción a la Lógica Jurídica, Análisis comparativo del Modelo de Eduardo García Maynez con algunos otros de Lógica Jurídica Contemporánea. Praxis División Editorial, Tercera Edición, Guatemala, 2002. Pág. 108

la que se establece entre un sujeto cognoscente y el objeto conocido, o a conocer, trascendente a él.”,¹¹ y es verdadero si está de acuerdo con la realidad. En palabras de Binder “...podemos captar la realidad en su total plenitud ya que ella es esencialmente inteligible y el intelecto es esencialmente apto para captarla”.¹² Pero también, se podría sostener que algo es verdadero cuando es concordante con el universo de creencias que prevalecen en un lugar y tiempo determinado. De lo cual Binder justifica cuando afirma que la realidad es una construcción del intelecto, de las preconcepciones o de las valoraciones culturales del sujeto.¹³

En el procesal penal, tal cuestión lleva a la diferenciación de dos ámbitos, tal el caso del ámbito de verdad material o real, como al de verdad procesal o formal. Tal cuestión, se considera, se confirma cuando Maier, refiriéndose a que el procedimiento penal es un método de investigación histórica, afirma que: “...no solo se haya en juego la hipotética reconstrucción de elementos fácticos, sino que también es necesario la valoración de esos elementos a la luz de principios normativos.”¹⁴ Refiriendo la verdad material como referencia al mundo, y la verdad procesal como referencia al proceso, ámbitos que en un momento podrían resultar discrepantes, pero que para el presente estudio, generan la posibilidad de ilustrar el proceso de formación de la deducción del hecho. Puesto que los hechos recogidos en la decisión judicial pueden coincidir o no con los hechos verificados en el mundo. Pero los primeros solo podrán calificarse de verdaderos si presentan correspondencia con estos últimos.¹⁵

¹¹Maier, Julio B. J. Ob. Cit. Pág. 842

¹²Binder, Alberto M. Justicia Penal y Estado de Derecho. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, 1993. Pág. 19

¹³Idem

¹⁴Maier, Julio B. J. Ob. Cit. Pág. 847

¹⁵Frente al proceso penal, se afirma que un acontecimiento a averiguar, suelen producir alguno de tres estados o grados subjetivos respecto a la verdad, así pudiera sobre salir, un estado de certeza, en sentido positivo o bien negativo, en confirmación o negación de los hechos y/o participación de un ciudadano en estos, un estado de probabilidad, o bien la duda. Idem. Pág. 841 y ss.

En este entendido, la verdad material, aplicada a la verificación del hecho, implicaría que afirmar o negar que el hecho aconteció y que determinada persona es responsable o no es responsable del mismo, significaría que en la realidad el hecho aconteció o que no aconteció, y que determinada persona es responsable o no es responsable del mismo. Cuestión contraria sucede, con la verdad procesal, cuando se expresa que un hecho es procesalmente verdadero si así se ha declarado en el proceso de acuerdo con el conjunto de pruebas disponibles.

La verdad procesal hace referencia a que lo decidido en el proceso es verdadero en cuanto coherente con el sistema de creencias construidas mediante los datos obtenidos. Esta verdad puede corresponderse o no con lo que aconteció en el mundo real, pero ello no es lo que determina en última instancia el contenido de la decisión judicial.

Ahora bien, para que exista implicación entre verdad material y verdad procesal se debe acudir a su verificación mediante determinados instrumentos. En tal sentido se puede distinguir que una cosa es afirmar que aconteció el hecho y que determinada persona es responsable del mismo, y otra cosa es afirmar que existen razones para creer que aconteció el hecho y que determinada persona es responsable del mismo, por lo tanto es imperativo complementar esas afirmaciones entre sí para determinar si el hecho aconteció y que cierta persona es responsable del mismo. Dichas razones están constituidas por la información entregada por los medios de prueba. A partir de las pruebas o datos conocidos resulta posible plantear una hipótesis respecto de si el hecho aconteció o, cómo aconteció y si determinada persona ha intervenido en el mismo. Ferrajoli ilustra que la inducción fáctica consiste en determinar si la persona ha cometido el hecho investigado “a partir de las pruebas disponibles”¹⁶

De este modo se considera esta una exposición útil, en orden de comprender el modo en que todos estos fenómenos se producen. Y que con ello se comprenda de manera didáctica que determinar si el hecho

¹⁶ Ferrajoli, Luigi. Ob. Cit. Pág. 64

punible efectivamente aconteció y si cierta persona es responsable del mismo corresponde a la jurisdicción penal, naturalmente, en correspondencia a la actividad y control de las partes. De tal manera lo ilustra Ferrajoli cuando escribe que: "...significado del predicado verdadero asociado, en la medida en que es asociable, a las proposiciones que motivan un pronunciamiento judicial. A tal fin, se considerará solamente la jurisdicción penal, donde el nexo exigido por el principio de estricta legalidad entre la validez de la decisión y la verdad de la motivación es más fuerte que en cualquier tipo de actividad judicial. "¹⁷

En el proceso de determinación de los hechos que serán calificados jurídicamente, se distinguen los siguientes estadios, tal es el caso de los hechos naturales, los hechos alegados, los hechos probados y los hechos fijados.¹⁸ En este sentido apunta De Asís Roig, que "No cabe sostener que el juzgador se entiende directamente con hechos naturales, sino con proposiciones sobre éstos..."¹⁹ En tal sentido esas proposiciones sobre hechos son formuladas por las partes a partir de determinados hechos, que de esta forma se convierten en hechos alegados.

En consecuencia, los hechos alegados pueden definirse, como aquellas proposiciones sobre hechos formulados por las partes del proceso penal. A la vez, los hechos alegados se denominan hechos investigados, desde la perspectiva de la etapa de la investigación o preparatoria.²⁰ Maier hace relación a que "...resulta necesario garantizar al imputado las mismas facultades, para influir sobre la reconstrucción fáctica, que las reconocidas al Ministerio Público, es decir, idénticas posibilidades para influir sobre la

¹⁷ Ob. Cit. Pág. 47

¹⁸ De Asís Roig, Rafael. Jueces y Normas. La decisión Judicial desde el Ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, Págs. 99 a la 101.

¹⁹ Idem

²⁰ En este sentido se sostiene que el ejercicio de la defensa debe ir dirigido, no solo al control de la evidencia, o bien de la prueba, sino también a la producción de ella, en un ejercicio de descargo, según fuese el caso concreto, desde el primer momento del procedimiento, según resulta de los artículos 94, 108, 82 numeral 1, 314 del Código procesal penal. descargo,

recepción y valoración de la prueba. Ello equivale a expresar: idénticas posibilidades de influir en la decisión.”²¹

Los hechos alegados o proposiciones sobre hechos formulados por las partes en el proceso penal, son un conjunto de enunciados fácticos. Sin embargo, para que un hecho natural se transforme en un hecho alegado es necesario, primero que se seleccionen aquellos que pueden resultar jurídicamente relevantes, puesto que la deducción de hecho es la antesala a la deducción de derecho, ya que la primera siempre se construye con referencia al segundo. Ferrajoli lo ilustra cuando indica que se pretende determinar si la persona ha incurrido en los hechos investigados con la finalidad de precisar si éstos son jurídicos penalmente reprochable.²² En consecuencia, solo son relevantes aquellos hechos que tienen implicaciones jurídicas, pues solo ellos son pertinentes para realizar esta inferencia.

Luego de seleccionados los hechos penalmente relevantes; en segundo punto, debe seguir una tarea de construcción de significado, mediante la asociación recíproca de esos hechos, a través, de la propuesta de hipótesis investigativas, y sus explicaciones entre diversas variables. Y por último, corresponde presentar esa asociación de hechos en un relato, que por un lado sea capaz de explicar de manera coherente qué ocurrió, por qué ocurrió y cómo ocurrió; y por otro lado, que el relato sea susceptible de ser analizado jurídicamente. En ese sentido se manifiesta Pierre Tessier, cuando indica “...que el litigante está llamado a interpretar desde un punto de vista jurídico una vasta gama de hechos y a presentarlos de una manera comprensible y desarrollar, a través de la prueba, una tesis maestra en función de una norma jurídica.”²³

²¹ Maier, Julio B. J., Ob. Cit. Pág. 585

²² Ferrajoli, Luigi. Ob. Cit. Pág. 64

²³ Rosales Barrientos, Moisés Efraín. Ob. Cit. Pág. 309

En el tránsito de los hechos alegados a los hechos probados, se dispone de un proceso de verificación, que en primer punto debe abordar la eficacia de los medios de prueba, en el sentido de la pertinencia, relevancia, necesidad y legitimidad de los medios de prueba disponibles.²⁴ En segundo punto, el análisis de la credibilidad de los medios de prueba, que incluye la imparcialidad o compromiso del medio de prueba, respecto a la verificación de los hechos.²⁵ La idoneidad o aptitud del respectivo medio de prueba para capturar o percibir la información disponible a verificar.²⁶ La fidelidad o posibilidad de entrega de la información probatoria en los términos que fue percibida. En tercer punto, precisar cuál es la información contenida en cada medio de prueba admitido. Bajo estos parámetros es permitido realizar una operación deductiva respecto a la información probatoria y enunciado fáctico, lo que da como resultado la verificación de que hechos son verosímiles o posiblemente acreditables.²⁷

La actividad probatoria está dirigida a informar respecto de la veracidad o falsedad de los enunciados fácticos que conforman los hechos alegados, lo que corresponde a una participación activa de las partes en la determinación de la deducción del hecho, que deberá realizar el que juzga, es decir si el hecho aconteció y si cierta persona es responsable del mismo.

3. El derecho a la contradicción en la deducción de hecho y deducción de derecho.

Mediante el derecho fundamental a la contradicción se ofrece un determinado punto de vista respecto de la eficacia probatoria, la credibilidad, la interpretación del medio de prueba o la verosimilitud de los hechos alegados. Barrientos Pellecer opina al respecto que: “En virtud del principio

²⁴ Cafferata Nores, Jose I., La prueba en el proceso penal. Cuarta edición, De Palma, Buenos Aires, 2001. Pág. 18 y ss.

²⁵ Rosales Barrientos, Moisés Efraín. Ob. Cit. Pág. 336 y ss.

²⁶ Ídem Pág. 323, 330 y ss.

²⁷ Ídem. Pág. 330 y ss.

de contradicción, el proceso penal se convierte en una contienda entre partes.”.²⁸ La estrategia al efecto puede ser la contra reexaminación de las respectivas fuentes o la presentación de la propia prueba. Respecto de los hechos, el objetivo de la contradicción, podría ser, el demostrar que el hecho investigado no aconteció del modo expuesto en la imputación. Para estos efectos las estrategias pueden consistir en formular alegaciones que desvirtúen ese relato, u ofrecer interpretaciones alternativas frente a la información entregada por la prueba. La estrategia consiste en ofrecer una interpretación diversa de la ofrecida por la acusación para los enunciados normativos invocados.

El derecho fundamental a la contradicción es una de las vías de ejercicio del derecho de defensa que consiste en enfrentar directamente los fundamentos de hecho, probatorios o jurídicos de la imputación. De este modo, el derecho fundamental a la contradicción integra el derecho de defensa. Por tanto, el derecho fundamental a la contradicción es inherente al conjunto de condiciones que deben cumplirse para un efectivo ejercicio del derecho de defensa. Esas condiciones son, fundamentalmente, la existencia de una imputación, asistencia letrada, ser oído por el juzgador, y congruencia entre acusación y sentencia.

Para el abogado que ejerce defensa penal, el estar consciente que el proceso penal es un ámbito de controversia tanto en lo fáctico como en lo jurídico, orienta la posibilidad de explicar por sucesivas opciones fácticas y normativas, contradictorias o al menos divergentes, que desde un punto de vista normativo, pueden existir, y normalmente existen, incompatibles opciones respecto de las normas penales materiales aplicables a los hechos del litigio. Así, por ejemplo, se puede discrepar respecto de si la conducta desplegada por el agente es constitutiva de asesinato o de homicidio. Del mismo modo, pueden ofrecerse contradictorias interpretaciones en relación con el alcance de las referidas normas penales, es decir, acerca de las posibilidades de las conductas subsumibles en la prescripción normativa.

²⁸ Barrientos Pellecer, Cesar. Derecho Procesal Penal Guatemalteco, Tomo I. Editores Magna Terra. Segunda Edición, ampliada y revisada. Guatemala, 1997. Pág. 109

Así, por ejemplo, se puede sostener simultáneamente el cumplimiento o incumplimiento del requisito de proporcionalidad en el medio utilizado para repeler un ataque en caso de legítima defensa.

Los enunciados sobre los hechos que resulten suficientemente avalados por la información probatoria, o al menos mejor avalados que el enunciado que se le opone, podrán justificar los alegatos y orientar de mejor forma la decisión jurisdiccional.²⁹ De esta forma quien sostenga un determinado relato acerca de los hechos ciertamente destacará las aptitudes de la información probatoria en orden a acreditar sus propios enunciados fácticos. Quien sostenga un relato incompatible con los hechos planteados por la acusación, seguramente relevará los defectos de idoneidad, imparcialidad o credibilidad de esa información probatoria. O eventualmente y dependiendo de circunstancias estratégicas, intentará comprobar alguno de sus propios enunciados fácticos utilizando esa misma información probatoria.

Esto sucedió en el caso Martínez vrs el Estado de Guatemala; instruido por el delito de portación ilegal de armas hechas o de fabricación artesanal. En el cual la fiscalía presentó dictamen pericial, en el que se concluía que los dos tubos estaban adaptados para funcionar como un arma artesanal, pero que NO ESTA EN CAPACIDAD DE DISPARAR, cuestión que fue resaltada por la defensa, en el entendido de la FALTA DE CAPACIDAD DEL INSTRUMENTO PARA CAUSAR DAÑO, argumento que fue acogido en fase intermedia para resolver el SOBRESEIMIENTO DEL PROCESO, Y CONFIRMADO EN SEGUNDA INSTANCIA.³⁰

Ahora bien, quien esté interesado en confirmar un cierto relato formulado a través de enunciados fácticos, probablemente extraerá de los

²⁹Tal cuestión podría abordarse, por ejemplo, en el caso de los alegatos de apertura, al inicio del debate, orientando a quien juzga, sobre el desarrollo y formal cumplimiento de la hipótesis planteada, mediante el conocimiento y forma en la cual transcurrirá la prueba que será común a todas las partes. Artículo 378 Código procesal penal.

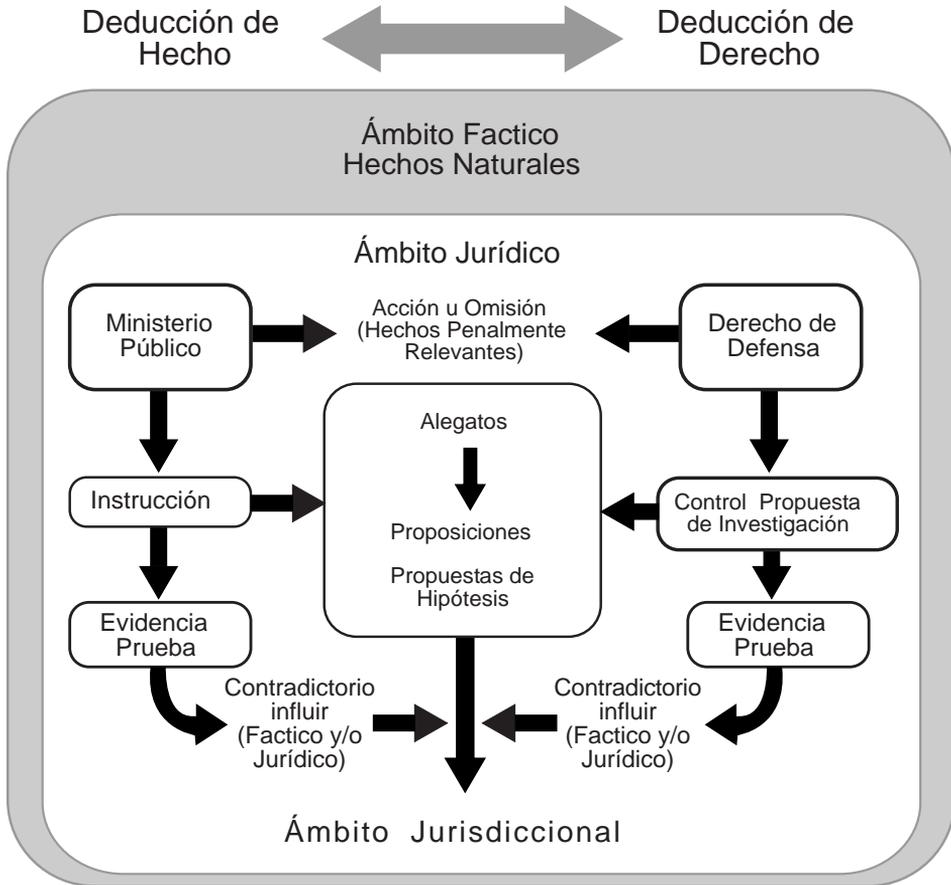
³⁰Apelación 165-2012. oficial 5º. De la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo penal, Narcoactividad y delitos contra el Ambiente. Caso tramitado por el Instituto de la Defensa Pública Penal, en la Sede del Municipio de Amatitlán.

medios de prueba que lo respalda determinada información y no otra. Es lo que ocurrió, por ejemplo, en el caso Pacheco vrs el Estado de Guatemala; instruido por el delito de Homicidio. En el cual la fiscalía presentó dictamen pericial en dactiloscopia, sobre MUESTRAS DE HUELLAS DACTILARES encontradas en el cuchillo con el cual se dio muerte a una persona de sexo masculino. La prueba testimonial indicaba que la señora pacheco tomo el cuchillo y lo clavo en el pecho de la otra persona; EN EL RESULTADO DEL DICTAMEN PERICIAL SE CONCLUYE, QUE LAS HUELLAS DACTILARES ENCONTRADAS EN LA CACHA DEL CUCHILLO PERTENECÍAN A UNA TERCERA PERSONA. Cuestión, entre otras, que fue resaltada por la defensa, y que el Tribunal de Sentencia tomó como eje para absolver. LA FISCALÍA NO IMPUGNÓ LA SENTENCIA.³¹

Es de tomar en cuenta que los medios de prueba pueden entregar información diversa dependiendo de lo que se quiera extraer de ella. Del mismo modo, la información probatoria puede presentar fortalezas y debilidades en orden a acreditar los enunciados fácticos que sustenta. Tal cuestión incrementa las posibilidades de seleccionar la mejor explicación para un determinado hecho punible, puesto que somete a evaluación cada uno de los relatos así como la información probatoria que lo sustenta. En este orden de ideas, la oposición a la incorporación de información probatoria tendente a probar que una persona ha incurrido en el hecho investigado se hace necesaria cuando no ha sido sometida a contradicción, puesto que esta favorece la validez de la actividad jurisdiccional.

³¹ Carpeta Judicial 62-2011 del Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y delitos contra el Ambiente, del Municipio de Amatitlán. Caso tramitado por el Instituto de la Defensa Pública Penal, en la Sede del Municipio de Amatitlán.

Cuadro Ideográfico.



BIBLIOGRAFÍA

1. Binder, Alberto M. Justicia Penal y Estado de Derecho. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, 1993.
2. Barrientos Pellecer, Cesar. Derecho Procesal Penal Guatemalteco, Tomo I. Editores Magna Terra. Segunda Edición, ampliada y revisada. Guatemala, 1997.
3. Cafferata Nores, José I., La prueba en el proceso penal. Cuarta edición, De Palma, Buenos Aires, 2001.
4. De Asís Roig, Rafael. Jueces y Normas. La decisión Judicial desde el Ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995.
5. Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta, S.A. Madrid, Tercera Edición, 1998.
6. García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, S.A. Trigésima Edición Revisada, Argentina, 1979.
7. Maier, Julio B. J., Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto s.r.l. Segunda Edición. Buenos Aires 1996.
8. Rosales Barrientos, Moisés Efraín. El juicio Oral en Guatemala, Técnicas para el debate. Editor Publi-juris, Segunda Edición, Guatemala, 2006.
9. Velásquez Carrera, José Fernando. Introducción a la Lógica Jurídica, Análisis comparativo del Modelo de Eduardo García Maynez con algunos otros de Lógica Jurídica Contemporánea. Praxis División Editorial, Tercera Edición, Guatemala, 2002.

Leyes

1. Constitución Política de la Republica de Guatemala.
2. Convención Americana Sobre Derechos Humanos.
3. Código Penal Dto. 17-73 del Congreso de la Republica de Guatemala.
4. Código Procesal Penal Dto. 51-92 del Congreso de la Republica de Guatemala.



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



EMBAJADA
DE ESPAÑA
EN GUATEMALA

