



Instituto de la Defensa Pública Penal

14

Revista del Defensor N.º 14

Guatemala, junio de 2021

M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes
Director General
Instituto de la Defensa Pública Penal

M.A. Hugo Roberto Saavedra
Coordinador de UNIFOCADEP

Consejo Editorial

M.A. Hugo Roberto Saavedra
M.A. Jeydi Maribel Estrada Montoya
Lic. Sergio Federico Morales
Lic. Marco Tulio Payés Reyes

Tratamiento de Contenido

M.A. Hugo Roberto Saavedra
Coordinador de UNIFOCADEP

Diseño y Diagramación

Luis Fernando Hurtarte

Revisión de Estilo

Lic. Manuel Antonio Ochaeta de la Cruz
M.A. Georga Magdalena Guzmán García

Revista del Defensor

Por una defensa oportuna, gratuita y eficaz



IDPP

Instituto de la Defensa Pública Penal

Índice

1. **La probática como herramienta pragmática en la probanza indiciaria** 7
M.A. Hugo Roberto Saavedra
2. **La teoría de la imputación objetiva** 23
Dr. José Gustavo Girón Palles
3. **La acción de revisión con relación a la pena impuesta y el principio de ultractividad** 43
M.A. Jeydi Maribel Estrada Montoya
4. **¿Inconstitucionalidad en el procedimiento específico para delitos menos graves?** 63
Lic. Sergio Federico Morales
5. **Pena anticipada** 81
Dra. Gloria Edith Ochoa Zetino
6. **Aplicación del principio de control de convencionalidad en la primera declaración del imputado en el proceso penal guatemalteco** 107
M.A. Fidencia Orozco García de Licardi
7. **Análisis confrontativo de la clausura provisional del proceso frente al derecho de defensa y otras garantías** 133
Lic. Josémanuel Godínez Barrientos
8. **Responsabilidad penal de quien proporciona cuenta bancaria, usada para el cobro de dinero en el delito de extorsión** 153
Lic. José Miguel Cifuentes Cifuentes

9. **Rehabilitación y reincidencia: ¿Pueden coexistir en un mismo ordenamiento jurídico?** 177
Lic. Diego Adolfo Cárdenas Dueñas
10. **La tutela judicial efectiva: un derecho humano y una garantía procesal** 199
M.Sc. Dalia Lucila López Gómez
11. **El sistema jurídico ordinario y la diversidad cultural** 219
Dra. Lesbia Marleny Sis Chén
12. **Ética del funcionario y del defensor público** 245
Licda. Ana Eugenia Ávila Pérez
13. **La responsabilidad penal de los adolescentes** 269
Lic. Carlos Ernesto Molina Obregón
14. **Los principios del constitucionalismo guatemalteco y su aplicación en la doctrina neoconstitucionalista** 289
Dra. Ivette Amarilis Joaquin Amaya
15. **Sistema sancionatorio en el derecho penal de adolescentes** 313
Licda. Ingrid Patricia Alvarado Mazariegos
16. **La sanción del condenado por el delito de violencia contra la mujer** 329
Licda. Reyna Isabel Villatoro Rodríguez
17. **Factores victimógenos en las mujeres y la prevención victimal** 349
M.A. Jeannette Ana Lily Ochoa López

Editorial

La Dirección General del Instituto de la Defensa Pública Penal se complace en presentar el decimocuarto número de la *Revista del Defensor*, la que ofrece temas de interés, expuestos gracias a la encomiable colaboración de los defensores públicos, así mismo, es preciso mencionar la desinteresada contribución de invitados especiales que acrecentaron la importancia de la publicación con sus meritorios aportes.

Involucrarse en la tarea de escribir conlleva el compromiso del articulista en actividades de documentación y análisis de la problemática abordada, máxime cuando el tema a tratar es de índole científica, la investigación constituye el centro de acopio de datos e información, lo que resume el trabajo intelectual y la entrega tenaz que han acometido los autores, pues se transfieren conocimientos y experiencias prácticas que obligan a la reflexión, promueven el análisis propio y la discusión interpersonal respecto a la problemática que se plantea y propuestas de solución técnico-legales. En consecuencia, los diecisiete artículos que conforman la revista reafirman la convicción de que los mismos proveen aportes significativos en el planteamiento de temas de actualidad que se presentan en la práctica del defensor público.

Una de las prioridades de la actual administración es impulsar y fortalecer la formación de los defensores públicos, coadyuvando a la profesionalización de las competencias de los colaboradores del Instituto

en materia técnico-legal, la presente revista cumple con ese fin, pues constituye una herramienta valiosa al presentar diversos criterios y vivencias en cada artículo, que se complementan con doctrina, legislación, instrumentos internacionales de Derechos Humanos, jurisprudencia y praxis, componentes que generan una visión integral en cada artículo.

El conocer la valía y trascendencia de la revista, motiva a la Dirección General a continuar apoyando la elaboración y publicación de la misma, misión desarrollada por la Unidad de Formación y Capacitación de Defensores Públicos, por ello la *Revista del Defensor*, en su versión número catorce, constituye un instrumento de consulta y formación académica, un compendio de conocimientos que incrementará el acervo jurídico, no solo de los defensores públicos sino también de otros profesionales del sector justicia, de estudiantes y demás interesados en lecturas concernientes al ámbito penal.

M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes
Director General
Instituto de la Defensa Pública Penal

Nota: el IDPP no se hace responsable por el contenido de los artículos de la presente revista.



La probática como herramienta pragmática en la probanza indiciaria

M.A. Hugo Roberto Saavedra

I.- Teoricidad de la probática

En todo proceso penal, con personas prisonizadas, es de trascendencia el constructo de una eficaz teoría del caso por parte del defensor, en favor de los usuarios del Instituto de la Defensa Pública Penal, presentada con un fino argumento técnico-jurídico, y en el caso del Ministerio Público su acción estará orientada a probar la eventual culpabilidad del acusado, actividad de probanza que es una obligación del fiscal, ello no excluye el derecho de la defensa técnica en aportar pruebas en favor del defendido, para desligarlo de responsabilidad penal (pues la inocencia no se prueba) y en esa probanza positiva o negativa de culpabilidad la probática aportará elementos sustanciales para optimizar el razonamiento del juzgador, pero condicionado a las habilidades y destrezas en el dominio del método probático, que implica más trabajo pragmático que aspectos procesales, por ello la probática dista del Derecho probatorio, pero no se excluyen, por el contrario ambas ramas se complementan.

Se advierte que la disciplina probática es más operatibizable por el fiscal en la dirección de la investigación y razonada por el juzgador en sus resoluciones, ello no obsta a que el defensor en la litigación estratégica se ubique en el rol del ente investigador para que prospectivamente, mediante nociones probáticas, detecte falencias desconectivas de los hechos con la prueba de cargo. Entonces, la dinámica será en primer lugar, aplicar por el defensor una probática a la inversa, es decir, que se analizará la probática desde la visión del fiscal. Eso es esencial como estrategia y, en segundo lugar, la defensa ha de reflexionar su propia probática en el caso concreto para establecer omisiones probáticas, por lo que se espera satisfacer las expectativas del lector sobre estas breves reflexiones acerca de esta disciplina que se define, por el padre de la probática Luis Muñoz Sabaté, así: “La probática como disciplina trata de la prueba *in concreto* de los hechos en el proceso, esto es, una enseñanza particularizada, de cómo probar los hechos, en un proceso (no en el proceso). Se vale de la lógica y de la experiencia, tanto común como aquella derivada de otras ciencias y técnicas, pudiendo tener una función retrodictiva (sic) o predictiva” (Muñoz, 2007, p. 14).

Se puede aseverar que la probática es la ciencia de los indicios y postula categóricamente que las afirmaciones de los sujetos procesales son las que se prueban y no los hechos, en tanto que para el Derecho probatorio “el objeto de la prueba son los hechos”. No se ingresa en la polémica de prueba directa versus prueba indirecta o indiciaria, pues desde ya se avizora la elección del defensor por la prueba directa, pero merece reflexión que en la praxis forense realmente no se excluye del todo la prueba indiciaria, pues si la prueba directa fuera abundante en todos los casos, la prueba indirecta

sería historia, pero no es así. Por ello la probática se auxilia de un método, que coadyuva a reflexionar y a utilizar “indicios”, sin excesos o abuso de los mismos, fundamentada en una estricta necesidad y razonabilidad, por lo que la *opinio juris* concluye que es innegable la utilización de indicios en el caso concreto, y la doctrina moderna descarta rivalidades entre ese binomio al afirmar que la prueba indiciaria es complementaria y se interrelaciona con la prueba directa.

Esta tendencia se debe tener presente por el defensor, con una apertura mental para comprender la probática, por ejemplo, en la prueba testimonial así:

Primer escenario: el testigo “YY” afirma que observó en la calle que “X” disparó con arma de fuego contra “ZZ” y lo mató. Prueba directa.

Segundo escenario: el testigo “YY” afirma que observó a “X” caminando varias veces por la calle en la que ocurrió el homicidio de “ZZ”. Prueba indirecta. Este indicio permitirá construir una inferencia presuntiva, de que “X” mató a “ZZ”.

Otro ejemplo, está contenida en el artículo 190 del Código Procesal Penal, en el numeral 2, que regula lo relativo al allanamiento y los casos de excepción: “Cuando se denunciare que personas extrañas han sido vistas

mientras se introducían en el lugar y existen indicios manifiestos de que cometerán un delito”.

A través de la probática se pretende reconstruir cualitativamente un altísimo porcentaje de los “presuntos hechos del pasado”, penalmente relevantes. Por ello es retrodictiva por excelencia, sin dejar de constituirse en prospectiva (visualiza el futuro indiciario) en la búsqueda de prueba indirecta. El estudio de la probática agiliza el razonamiento en la búsqueda de fuentes de prueba para su lógica sustentación, partiendo de una labor investigativa (y en alguna medida intuitiva guiada por la *expertis*).

La probática se apoya en las máximas de experiencia y la lógica es un primer ejercicio intelectual que se ha de realizar para inferir razonablemente las fuentes indiciarias, desde lo factual, para conexaslas en un segundo momento con la prueba directa, regulada por el derecho probatorio que limita o habilita determinados medios de prueba, libertad de prueba, otros medios de prueba y prueba inadmisibles (artículos 182, 183 y 185 del Código Procesal Penal).

La probática es praxiológica, implica aplicar un método lógico-práctico que se basa en la observación y que coadyuva a priorizar decisiones a probar, evaluando la eficacia de esas selecciones probáticas; y para lograr este objetivo requiere de varias disciplinas auxiliares según el caso concreto. Por ello tiene un carácter de multidisciplinaria (esto lo determinan los ámbitos factuales investigados). Así mismo, la probática implica un aspecto epistemológico (filosofía del conocimiento de la prueba) y contempla un ámbito *práxico* orientado a la técnica de cómo

probar. Este proceso indiciario es realmente un proceso de cognición, al utilizar el método deductivo, analógico, el de la abducción (que postula que la hipótesis de trabajo es una inferencia del constructo del silogismo sucesivo con sus premisas, entre otros elementos de la lógica que coadyuvan a legitimar las conclusiones derivadas de la semiótica probática). En el Tratado General de Semiótica (2000) se define a la semiótica como “una ciencia que estudia la vida de los signos en el marco de la vida social. El signo es comunicacional a la mente del intérprete” (p. 32). Y al asociarla a la probática se establece que los indicios constituyen a su vez signos que se han de interpretar en la modalidad de inferencia.

Los hechos controvertidos para la probática constituyen la “realidad de contraste”, que consiste en representar lo factual como una fotografía, cuya imagen mental es transferida lo más aproximada al juez, para que él coteje la misma con la prueba directa aportada por el fiscal, complementada con prueba indirecta o circunstancial a través de la cual se extraen inferencias. En tal sentido, se puede afirmar que un indicio es un hecho conocido del cual se deduce y demuestra un hecho desconocido o “presunto hecho”. Por lo tanto, la probática opera mediante prueba indirecta y tiene como asidero legal el Código Procesal Penal, el cual estipula que: “Un medio de prueba para ser admitido debe referirse directa o indirectamente al objeto de la averiguación [...]” (art. 183). Ese objeto, en la probática es el *thema probandum*, que significa que a través de la prueba indiciaria y prueba directa necesariamente se deben probar los elementos del tipo penal y no aspectos procesales, sino enfatizar en la probanza de los elementos descriptivos y valorativos del delito, que es un ámbito sustantivo. Por ello la probática coadyuva a concatenar una prueba directa con otra prueba

directa y entre una y otra, media el indicio, lo cual se puede representar como una cadena de eslabones sistematizados así:

PI+PD+PI+PD+PI+PD

(un indicio-prueba directa-un indicio-prueba directa y así sucesivamente).

Se reitera que, para la probática, lo que se prueba en el contradictorio son las afirmaciones sobre los hechos y no los hechos en sí mismos. Y esas aseveraciones están representadas por las fórmulas probáticas del cuándo, dónde, cómo, con qué, por qué, para qué, entre otras preguntas; y de cada una de ellas se desprende un universo de indicios o inferencias que han de probar factualmente las afirmaciones de los elementos sustantivos del delito que constituyen fórmulas reales y verificables, lo que es una traslatividad fáctica al tipo penal.

En el ámbito del marco conceptual de la probática existe una taxonomía de inferencias muy extensa, en la literatura especializada, y para fines prácticos, se recurre a la siguiente clasificación de indicios: a) Antefácticos, los cuales constituyen actos preparatorios a la comisión de un delito; b) Infácticos o concomitantes, que se encuentran en el sitio del suceso, en el durante del hecho delictivo; y c) Reaccionales o subsiguientes, que surgen posteriormente al hecho delictuoso.

Así mismo, la probática recurre a la estructura del silogismo sucesivo conformado por las siguientes premisas que podrían ser verdaderas o falsas a saber:

- a) El “hecho indicador” que es un indicio objetivo y conocido –indicio base-, que constituyen máximas de experiencia;
- b) El “hecho indicado”, es el hecho indiciario, que revela el dolo;
- c) “El juicio de inferencia”, que es el por tanto, es la deducción que se desencadena de las anteriores premisas y que legitiman la conclusión empírica.

II.- Praxis probática

Ahora, se aplicarán algunas aristas de la probática a la *praxis*, pues en ciertas acusaciones, por el delito de extorsión, entre otros, el fiscal presenta un listado de hechos sin conexión a los medios de investigación, sin concatenaciones indiciarias, limitándose a aspectos más cronológicos que sustantivos (elementos del delito), lo que desencadena una fórmula probática deficiente o laxa, tal como ocurrió en el proceso número 1080-2017-00267, tramitado en el Juzgado Sexto de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del departamento de Guatemala, que contiene la presentación de acusación:

Porque usted Ingris se le atribuye que en colaboración con una persona de sexo masculino, quién realizó llamadas telefónicas para efectuar cobros de cantidades de dinero de forma ilegal bajo amenazas de muerte del número 40XXX, al número de la víctima 55XXX, le fue proporcionada a la víctima el número de cuenta 30XXX del Banco de Desarrollo Rural, por lo que usted recibió el 26 de enero del 2017, aproximadamente a las 16:08 horas, según boleta de depósito número F-46759871, la cantidad de Q 500.00, en su cuenta bancaria, según sus funciones. III. DE LOS MEDIOS

RESUMIDOS DE LA IMPUTACIÓN CON LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN: 1. Acta ministerial de denuncia... 2. Acta ministerial de declaración testimonial... 3. Informe de Técnico de Investigación... 4. Informe agente investigador... 5. Informe policial... 6. Plica de datos testigo 1... 7. Certificado de nacimiento. MATERIAL: a) Disco compacto de información del teléfono... b) Un teléfono celular... En audiencia de acusación, expuso el auxiliar fiscal que “Existen suficientes indicios racionales para acusar a Ingris del delito de extorsión, con fundamento en los medios de investigación aportados, debido a que ella prestó su cuenta monetaria [...]

A manera de paréntesis, el fiscal en su intervención confunde los indicios con “los motivos racionales suficientes”, preceptuados en la mandata constitucional número 13, motivos que no son inferencias sino que se trata de un razonamiento holístico que deben argumentar el fiscal, la defensa y principalmente el juez, en su resolución desde lo fáctico, jurídico y probatorio, el fiscal profiriere juicios de valor motivados (es el tercero excluido judicialmente), en cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 11 Bis del CPP.

Al aplicar el silogismo sucesivo a la acusación en contra de Ingris, la misma no resiste una deducción probática por las falencias de la investigación:

- a. Hecho indicador (es objetivo y corresponde a las máximas de experiencia): es sabido por cualquier ciudadano de a pie que la apertura de una cuenta monetaria es para facilitar transacciones comerciales, usando dinero lícito, y que, si se utiliza para hechos

- ilícitos, provocará consecuencias penales al cuentahabiente titular. Se recomienda al defensor trasladar máximas de experiencia al juzgador para fortalecer su argumento;
- b. Hecho indicado (hecho conocido, infáctico): La víctima fue amenazada de muerte por un hombre vía telefónica, a la primera se le exigió una cantidad de dinero que depositó en cuenta monetaria de Ingris y existe la boleta de depósito;
 - c. Juicio de inferencia: Ingris prestó su cuenta monetaria; ella es extorsionista.

Esta conclusión fiscal es una falacia, pues no se investigaron algunos “hechos avisadores”, antefácticos y concatenadores que revelarían el dolo:

- a) ¿En qué momento se concertó Ingris con el hombre para extorsionar?
- b) ¿Quién abrió la cuenta monetaria como titular?
- c) ¿Cómo se estableció que Ingris prestó la cuenta monetaria?
Una inferencia y máxima de experiencia: podrían haberla utilizado sin su consentimiento.

Estas fórmulas factuales quedan sin respuesta, por lo que es innegable que se incumple con una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible, exigida por el artículo 332 Bis del CPP. En este sentido, el juzgador debe inclinarse por el *dubio* probático en favor de la acusada por las falencias endoprosales de la acusación. El dolo es un aspecto *sine qua non* que la probática enfatiza en toda investigación: que imperativamente se debe probar ese dolo. Es la intención que gravita en

lo psíquico en un inicio, es una representación mental de los elementos del tipo que fija en su intelecto el sujeto activo (teoría de la representación); y para demostrar ese dolo se debe recurrir a “los hechos avisadores”, que en probática constituyen indicios antefácticos. Son indicadores previos al hecho delictivo que, probados, permiten inferir que Ingris conocía que su actuar es doloso y antijurídico (*ex ante*), y luego de actuar (*ex post*).

Ese dolo solo se prueba mediante indicios, lo cual queda reiterado en el caso conocido como “Aceite de Colza”, ocurrido en Torrejón de Ardoz, Madrid, España, en que tres empresarios fueron condenados por haber vendido dicho aceite para consumo humano, a sabiendas de que el mismo era para uso industrial, por contener un tóxico llamado anilina, dejando 330 muertos y más de 15,000 afectados en salud. La Sentencia del Tribunal Supremo español de 1996 crea precedente e influencia jurisprudencial en la comunidad de penalistas al considerar que de los dos elementos que conforman el dolo –elemento volitivo y elemento cognitivo- interesa probar exclusivamente por indicios el elemento del conocimiento, razonándose en la sentencia que:

Desde otro punto de vista, los dichos de los testigos, en sí mismos, no son capaces de probar el dolo, ni desde una perspectiva psicológica ni normativa. En este sentido, la declaración testifical no nos permite acceder a la mente del acusado para de esa manera acreditar el conocimiento de éste al momento de la comisión del hecho punible. En virtud de lo mencionado, el relato del testigo no será la fuente directa para la acreditación del dolo, toda vez que, sólo nos permite conocer lo que un tercero sabía respecto

de la realidad. El dolo se infiere mediante indicios, contruidos y valorados por el tribunal sentenciador (Figueroa y Rivera, 2016, pp. 112 y 113).

En el ámbito convencional internacional, la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988, apoya el aspecto probático en cuanto a la probanza del dolo por inferencias, al preceptuar en el artículo 3 numeral 3, que: “El conocimiento, la intención o finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso” (estos delitos se refieren a la producción, fabricación, distribución y venta de estupefacientes, entre otros).

Así mismo, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional del año 2000 continúa en la misma línea sobre el dolo, al prescribir en el artículo 5 numeral 2, sobre penalización de la participación en un grupo delictivo organizado que: “El conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas”.

En el ámbito nacional, en la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, se refleja esta tendencia en el artículo 2 último párrafo, que preceptúa: “La prueba del conocimiento de la procedencia u origen ilícito de los bienes, dinero u otros activos, requerido en los delitos de lavado de dinero, se podrá hacer por cualquier medio probatorio, de conformidad

con el Código Procesal Penal incluyendo las inferencias que se desprendan de las circunstancias objetivas del caso”. Estas inferencias objetivas han de ser factuales y perceptibles en el mundo exterior, excluyéndose las inferencias subjetivas que gravitan exclusivamente en la mente del sujeto activo. Por ello, la máxima *cogitationes poenam memo patitur* es válida al postular que “el pensamiento no delinque”. En resumen, la sentencia del caso “Aceite de Colza” sienta precedente que el dolo debe probarse por el Ministerio Público, mediante inferencias antefácticas y no de forma infáctica, lo cual debe exigirse por la defensa técnica.

La probática aporta la teoría de la supresión hipotética, mediante la cual, si mentalmente se elimina un indicio del caso concreto y este subsiste, entonces ese indicio no es esencial para reforzar la tesis acusatoria. Si se aplica esta teoría al caso Ingris y se suprime la boleta de depósito, por no constituir la prueba idónea para demostrar la titularidad de la cuenta, la acusación queda gravemente afectada y no subsiste. Esa es una falencia epistemológica de la investigación, pues se pretende que de la boleta de depósito se inferan los indicios de que la fémina es titular de la cuenta monetaria, lo cual es contrario a una sana probática.

A continuación, merecen reflexión los Principios de la Probática, para comprender su sustancia sustantiva:

- El peor enemigo de la probática es el derecho probatorio.
- Todo lo que prueba es prueba, aunque no sea prueba.
- No hay hechos imposibles de probar sino eventualmente hechos inaccesibles a la prueba.

- Algunas veces los hechos no son lo que son, sino que lo que los jueces quieren que sea.
- El razonamiento probático suele ser un razonamiento presuncional.

La probática es muy marcada en la primera declaración, pues el juez al motivar su resolución se apoyará en la medida de lo posible en la prueba directa que, en ciertos casos, será muy escasa y se apoyará más en una suma de inferencias factuales que conformarán el denominado “espectro factual hipotético”, que es la transferencia, al imaginario del juez, de las afirmaciones que prueban los hechos (realidad de contraste) expuestas por el fiscal en la intimación acusatoria, generando una operación intelectual de fraccionar la cadena de hechos para concatenarlos y explicarlos indiciariamente, por el juzgador. Si ese espectro no se configura devendrá la falta de mérito.

Ahora, se hace una diferenciación entre la probática y el derecho probatorio, para comprender la logicidad de esta novísima rama académica:

Caracterización de la Probática

| Probática | Derecho probatorio |
|--|------------------------------------|
| Se fundamenta en la lógica y máximas de la experiencia | Se fundamenta en el debido proceso |
| Es factual | Es procesal |
| Disciplina indiciaria o de prueba indirecta | Utiliza prueba directa |

| | |
|--|---|
| Aplica el sistema <i>numerus apertus</i> indiciario | Aplica el sistema <i>numerus clausus</i> de prueba directa |
| Conoce la verdad por conocimientos indirectos | Imposibilidad de conocer en forma directa los hechos del pasado |
| Varios indicios conllevan a probar un hecho presunto | Varias pruebas directas prueban el hecho |

Finalmente, se exhorta al defensor a realizar una mayor inmersión en esta novedosa disciplina “la probática”, en textos especializados o en diversas páginas de la web, para comprender su lógica, pues en el presente artículo se han presentado pincelazos de la misma, reiterando, que la doctrina actual no comparte un antagonismo entre prueba indirecta y prueba directa; por el contrario, las mismas se complementan e interrelacionan, así lo postula la probática.

Conclusiones

1. Se puede aseverar que la probática es la ciencia de los indicios, y postula categóricamente que las afirmaciones de los sujetos procesales son las que se prueban y no los hechos, en tanto, que para el Derecho probatorio “el objeto de la prueba son los hechos”.
2. La doctrina actual descarta rivalidades entre el binomio prueba directa vs. prueba indirecta, al afirmar que la prueba indiciaria es complementaria y se interrelaciona con la prueba directa. Esta

tendencia se debe tener presente por el defensor, con una apertura mental para comprender la lógica de la probática.

3. El objeto en la probática es el *thema probandum*, que significa que, a través de la prueba indiciaria y prueba directa, necesariamente se deben probar los elementos del tipo penal y no aspectos procesales, sino enfatizar en la probanza de los elementos descriptivos y valorativos del delito, que es un ámbito sustantivo.

Referencias bibliográficas

Congreso de la República de Guatemala. (1992). Decreto 51-92. *Código Procesal Penal*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (2001). Decreto 67-2001. *Ley contra el lavado de dinero y otros activos*. Guatemala.

Eco, U. (2000). *Tratado General de Semiótica*. Barcelona, España: Editorial Lumen.

Figuroa, I. y Rivera, María. (2016). *La prueba del dolo ejemplificada en un caso de responsabilidad penal del fabricante de productos defectuosos*. (Memoria de licenciatura). República de Chile: Universidad de Chile.

Muñoz, L. (2007). *Introducción a la probática*. Barcelona, España: J.M. Bosch.

Organización de las Naciones Unidas. (1988). *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*. Viena, Austria.

Organización de las Naciones Unidas. (2000). *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*. Palermo, Italia.



La teoría de la imputación objetiva

Dr. José Gustavo Girón Palles

Cuando se trata el tema de la imputación objetiva dentro de la teoría del delito, se refiere a relación de causalidad, o sea, establecer si la lesión efectiva, o puesta en peligro del bien jurídico, es producida por una conducta de acción o de omisión, atribuible objetivamente al sujeto que se le imputa dicho resultado o puesta en peligro. En ese mismo orden de ideas, dentro de los elementos del delito, la imputación objetiva se ubica en la tipicidad, porque se refiere al tipo penal y este a la vez puede ser tipo objetivo y tipo subjetivo. En el primero encontramos la relación de causalidad y los elementos objetivos del tipo en particular que se describen dentro de los verbos rectores de los tipos penales.

El segundo, se refiere al dolo y la culpa. Es por ello que el dolo se define como conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo, y culpa “la realización del supuesto de hecho en los que el autor realiza el tipo sin quererlo, pero como consecuencia de su obrar descuidado, negligente” (Bacigalupo, 1994, p. 211).

Guatemala desarrolla en materia de relación de causalidad, la teoría de la causalidad adecuada o adecuación, regulada en el artículo 10 del Código Penal. Para Muñoz Conde (2015): “No toda condición del resultado concreto es causa en sentido jurídico, sino solo aquella que generalmente es adecuada para producir un resultado” (p. 242).

La litigación es estratégica cuando el litigante comprende que abarca procesos de comunicación y argumentación, para transmitir la credibilidad de su pretensión en cualquier fase del proceso penal, y aunque la teoría de la imputación objetiva no aparece regulada en la legislación penal guatemalteca, esto no quiere decir que no se pueda aplicar, invocar, fundamentar, y argumentar en las audiencias de defensa de personas sindicadas o acusadas de un delito, pues “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” (artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala).

1. Antecedentes

En el causalismo penal, que es el sistema desarrollado en el actual Código Penal guatemalteco, la acción u omisión como primer elemento del delito es una acción voluntaria, pero ciega, toda vez que el dolo, culpa y preterintencionalidad están ubicados en el elemento culpabilidad. Aunque la acción y omisión para los causalistas también tenía intención, era tratada desde un punto de vista natural o sea movimientos corporales, por ejemplo, al disparar en contra de otra persona, la acción consiste en

apretar el gatillo de la pistola con el dedo, y la intención de matar era tratada en el elemento culpabilidad.

Posterior al causalismo, surge la escuela finalista al redescubrir el finalismo tratado por los griegos e italianos.

En efecto, lo que en este aspecto hizo Welzel, fue recoger las ideas filosóficas de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, en el sentido de que toda conducta humana es por esencia voluntaria y final, de manera que lejos de haberse inventado ese carácter final de la acción, lo que se pretendió fue hacer valer dentro del Derecho penal una característica inherente a la conducta humana: su intencionalidad (Reyes, 1992, p. 941).

La conducta de acción u omisión en el finalismo tiene un propósito, una finalidad, y es por ello que el dolo y la culpa que eran estudiados por los causalistas en la culpabilidad, ahora se incluye en la conducta típica o tipicidad y la preterintencionalidad desaparece en los códigos penales modernos. Sin embargo, uno de los mayores aportes de Hans Welzel fue establecer que no interesa al Derecho Penal todas las conductas, sino solo las penalmente relevantes, creando el concepto adecuación social para las conductas que son aceptadas por un conglomerado social, por ejemplo: llevar un emparedado y una bebida gaseosa a un oficial de un juzgado, según el causalismo sería cohecho activo, pero en el finalismo esta conducta es aceptada como un acto social no delictiva, por su insignificancia en cuanto a daño al bien jurídico se refiere. Sin embargo, teniendo el dolo y

la culpa su lugar en la tipicidad como elementos subjetivos del tipo, hubo algunos inconvenientes, como el tratamiento de la finalidad o intención en el tipo imprudente o culposo, que en el causalismo se explica mediante la previsibilidad objetiva, pues si bien es cierto no hay intención, el agente tiene la obligación de prever que no haya un resultado en donde pueda haber un daño al bien jurídico, al realizar determinadas actividades lícitas.

Es por ello que el artículo 12 del Código Penal de Guatemala, aunque no define el tipo culposo, pues solo indica que se causa por imprudencia, negligencia o impericia; lo que realmente desarrolla es que toda persona al realizar conductas lícitas tiene el deber jurídico de actuar con una actitud de prever que no cause daños a bienes jurídicos. No obstante, la previsibilidad se desarrolla como una atenuante cuando hay dificultad de prever: *“En los delitos culposos, causar el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy improbable o difícil de prever”* (art. 26 numeral 10 del Código Penal); y como agravante, cuando el agente tuvo la facilidad de prever y no lo hizo: *“En los delitos culposos, haber ocasionado el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy probable o fácilmente previsible”* (art. 27 numeral 21 del Código Penal). La acción u omisión idónea para producir un resultado entonces es la falta de previsibilidad.

Para mejorar la previsibilidad, Welzel (1964) le agrega el concepto deber de cuidado e incluye negligencia e impericia dentro de la imprudencia, y llama tipo imprudente al tipo culposo. Entonces previsibilidad objetiva y deber de cuidado serán los elementos objetivos del tipo imprudente. El

deber de cuidado se regula en normas y reglamentos administrativos, por ejemplo en la Ley de Tránsito.

1.2. Definición

Inicialmente se ha tratado la imputación objetiva como una de las teorías de relación de causalidad, en donde se establecen principios o criterios para imputar a la persona que realiza una conducta el resultado de un daño o peligro sufrido por el bien jurídico. Reyes Alvarado (2012) la define como “una serie de principios surgidos al interior de las tendencias finalistas de la teoría del delito para intentar solucionar problemas que dentro de ellas presentaba el delito imprudente” (p. 483). El penalista antes aludido corresponde al sistema funcionalista o normativista, que por razones de espacio no hay tiempo de tratarlo, y para los efectos de conocer la teoría de la imputación objetiva se considera de mucha importancia conocer esos principios para aplicarlos en la defensa de las personas a las que se les imputa la comisión de un injusto penal.

2. Criterios de la teoría de la imputación objetiva

2.1. La creación de un peligro y el resultado por la realización del peligro

En el finalismo de Welzel (1964), ya se refería a los riesgos que se tienen en las sociedades modernas, como el tráfico terrestre, marítimo, aéreo, así como toda clase de plantas industriales, deportes, y con ello una serie de riesgos que son permitidos porque son socialmente aceptados, y es necesario vivir realizando esta serie de actividades, siempre y cuando

se tenga el deber de cuidado al realizar conductas con riesgo permitido. Sin embargo, en los delitos culposos o imprudentes la teoría de la adecuación no solucionaba muchos casos en la imputación del resultado, especialmente, para los delitos de lesión, Claus Roxin (1997) presenta dos nuevos criterios de imputación del tipo objetivo, y con ello la teoría de la imputación objetiva:

- a) Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto (...)
- b) Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor por regla general es imputable, de modo que se cumple el tipo objetivo (pp. 363-364).

Por ejemplo, se acusó a una persona que conducía una motocicleta en el anillo periférico de la ciudad de Guatemala, en dirección de norte a sur, por homicidio culposo de un peatón que caminaba por el arriate ubicado en medio de las dos vías o autopistas de norte a sur y de sur a norte, en la veintidós avenida frente a residenciales San Jorge, con el argumento que el motociclista perdió el control, subió al arriate y atropelló al peatón causándole la muerte. Un día antes del debate, el defensor acude al escenario del crimen y pregunta a unos guardias de seguridad privada que se encontraban en una garita frente al lugar en donde ocurrió el accidente, y le relatan que: de esa colonia salieron de trabajar 3 albañiles, que eran familiares entre sí, y por abordar el bus que estaba recogiendo pasaje del otro lado (de sur a norte) lograron cruzar las dos vías de las autopistas del

periférico dos personas, no así el tercero -que era un anciano - quien se atravesó la autopista sin ver hacia el lado izquierdo y fue atropellado por el motociclista. Luego al recorrer el arriate que está en medio de las dos vías, el defensor advierte que a pocos metros se encuentra una pasarela para que los peatones puedan cruzar las vías del periférico. Durante la primera audiencia de debate, la fiscal presenta un video del lugar del accidente y se observa que a pocos metros del lugar se encuentra una pasarela y en ella un letrero que dice: “cuide su vida use la pasarela”.

En este caso, el motociclista no creó un peligro para el bien jurídico -vida- del peatón que falleció, sino que la conducción de la motocicleta por el periférico es un riesgo permitido. La muerte del peatón no es producto de la creación del riesgo del motorista, sino que el viandante aceptó el peligro que se presentaba al cruzar por la autopista del periférico a sabiendas que a pocos metros hay una pasarela, y no obstante tomó la decisión de cruzar la autopista sin tomar la diligencia debida, siendo el deber de cuidado imputable al peatón. Del video presentado por el Ministerio Público, la fiscal analiza que el hecho no sucedió como se lo narraron los familiares de la víctima.

2.2. La creación de un riesgo no permitido o incrementar un riesgo permitido

Al realizar actividades que contengan un riesgo permitido se debe tener el cuidado de no crear un riesgo no permitido, o aumentar un riesgo permitido que ponga en peligro bienes jurídicos, como conducir un vehículo automotor en estado de ebriedad, o con una velocidad que sobrepase la

permitida, adelantar en una curva en donde no se vean los vehículos de la vía contraria, y otra clase de riesgos que la persona en posición de garante posee por los roles que realiza.

Por ejemplo: el dueño o encargado de un perro bravo deja la puerta de su casa abierta y con ello permite que este salga a la calle y muerda a un niño, provocándole heridas mortales. En este caso, el encargado del perro vulneró la previsibilidad objetiva y el deber de cuidado y, además, con su actuar aumentó un riesgo que tuvo por resultado la muerte de un ser humano. Otro ejemplo:

El día 4 de abril de 2016, siendo alrededor de las 14 horas, una anciana octogenaria, quien resultó ser víctima de autos - M. E. T. de 82 años de edad -, salió de su domicilio de a pie con rumbo desconocido. Circulando por la vía pública, por el exterior de la quinta ubicada en una zona semi rural sita en calle 115 entre 54 y 58 de esta ciudad de Mercedes, comenzaron a atacarla una cantidad indeterminada de perros, pero con seguridad ocho o más. Producto del ataque la víctima falleció a consecuencia de un paro cardiorrespiratorio traumático secundario a múltiples lesiones de tipo desgarró que generaron *shock* hemorrágico y un cuadro inhibitorio por dolor.

Explicó el juez *a quo* que el suceso encontró su génesis en la violación a la guarda que el imputado tenía respecto a la fuente de riesgo cuyo cuidado y custodia le incumbía, conociendo además la evidente y posible agresividad de los canes que tenía bajo su

guarda, en la ocasión aproximadamente catorce, dado que no escapaba a su conocimiento un ataque anterior que había sufrido la misma víctima y que le había originado una internación en el nosocomio local.

Hizo hincapié en que el hecho que los perros estuvieran sueltos (sin la adopción de medidas de seguridad dirigidas a impedir que los mismos salieran libremente a la vía pública), evidenció la omisión por parte del encausado de los deberes objetivos de cuidado a su cargo y elevó el riesgo de producción del resultado lesivo (auto de fecha 28 de abril de 2020, página 3. Sala Segunda de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Mercedes, Provincia de Buenos Aires).

2.3. Principio de autopuesta en peligro

También se le denomina como principio de actuación a riesgo propio o imputación a la víctima. Así como el derecho garantiza a las personas un ámbito de libertad para realizar su vida, incluso se reconoce como un derecho humano a la privacidad. Este derecho también asume una responsabilidad por las consecuencias de no manejar adecuadamente este principio.

(...) quien juega con fuego, asume expresa o tácitamente que puede quemarse. En ese ámbito quien gestiona un peligro, asumiéndolo o creándolo personalmente, ha de acarrear él mismo con las consecuencias de su decisión, aun esa misma gestión haya

intervenido de manera fáctica otros sujetos ajenos a ese ámbito de organización (Polaino-Orts, 2013, p. 116).

Por ejemplo, las personas que beben licor y realizan una apuesta que ganaría el que ingiera más licor sin emborracharse. Uno de ellos gana la apuesta, todos se van a su casa, pero al siguiente día el ganador muere por intoxicación etílica. También sirve de ejemplo el caso de varios jóvenes que deciden voluntariamente jugar a la ruleta rusa, se coloca en el tambor de un revólver una bala, luego se gira el tambor y cada uno por turnos se coloca la punta del cañón en la sien o en la boca y dispara. Si alguien muere en este juego es porque conoce el peligro y actúa con riesgo propio, los demás estarían exentos del delito de homicidio.

2.4. El principio de confianza

Este principio se refiere a aquellas actividades, situaciones, actos de trabajo que se llevan a cabo en grupo y en equipo, cada uno de ellos realiza una función necesaria e indispensable para lograr que la tarea que realizan tenga un buen final. Cada uno confía en que los demás harán su parte con responsabilidad y de forma profesional.

Como indica Maraver, citado por Polaino-Orts (2013):

El principio de confianza excluye de responsabilidad a quien, cumpliendo personalmente su rol, actúa fácticamente en el seno de ese entramado conjunto del cual se deriva un resultado jurídicamente desaprobado (en este caso la muerte), siempre que

confíe, razonablemente, en que los demás intervinientes también cumplirán, al igual que él, su propio rol (p.118).

Los ejemplos van relacionados a operaciones quirúrgicas en las que interviene un equipo integrado por varios médicos y enfermeras.

En un caso, se operó a un paciente de una hernia que tenía en el abdomen. Sin embargo, se complicó en el sentido de que después de la operación el paciente no podía respirar, por lo que hubo necesidad de realizarle una traqueotomía, sin embargo, durante el tiempo transcurrido no le llegó suficiente oxígeno al cerebro y el paciente falleció. Meses después, los doctores que intervinieron en la operación consiguieron que el Ministerio Público solicitara el sobreseimiento, que fue otorgado por el juez. Y se presentó acusación por homicidio culposo en contra de una médica anestesista, argumentando que no realizó bien su trabajo, debido a que el paciente era alto y corpulento, llegando a lo obeso, aspectos que no fueron tomados en cuenta para controlar la anestesia, imputándole a ella la muerte del paciente.

La defensora pública estudió el caso, realizó una investigación sobre las operaciones de traqueotomía, términos médicos, y encontró que en el reglamento del hospital existía un protocolo que indicaba que el jefe de la unidad o del equipo tenía que quedarse cierto tiempo cuidando al paciente después de la intervención. Los problemas de respiración empezaron después de la operación, por lo que de acuerdo al protocolo de intervenciones quirúrgicas, la médica anestesista había cumplido con su

rol o responsabilidad y fue absuelta por el tribunal. En ese tiempo también se advirtió que se enderezó en contra de ella acusación porque tenía dos puntos de vulnerabilidad, el primero por ser mujer y el segundo porque era extranjera que estaba estudiando una especialidad en Guatemala.

Este principio tiene como excepción, cuando los otros integrantes del equipo conocen de algún impedimento o incapacidad de alguno de los integrantes. Por ejemplo:

El médico anestesista y la enfermera esperan en la sala de operaciones al médico cirujano, que llega con retraso, tambaleándose y en manifiesto estado de embriaguez, confundiendo el bisturí con el cepillo y la gasa con el líquido desinfectante. Si comienza la operación y el cirujano olvida la gasa en el interior del cuerpo del paciente, el anestesista y la enfermera no pueden alegar en su favor con el fin de quedar exentos de responsabilidad, el principio de confianza (esto es: que ellos cumplieron su rol y que confiaban en que el cirujano también lo hiciera), porque en este caso ya no existe posibilidad alguna de confiar en la conducta del cirujano debido a su comportamiento manifiestamente antijurídico (Polaino-Orts, 2013, p. 120).

2.5. Ámbito de protección de la norma

“Esta estructura normativa requiere que el resultado debe estar comprendido dentro del fin de protección de la norma penal donde se va prever las conductas delictivas” (Alcocer, 2015, p. 43). Este es un criterio

de interpretación y aplicación de la norma del deber de cuidado que regula un peligro tolerado y un riesgo permitido. Atiende al aspecto teleológico de la norma, por ejemplo, la Ley de Tránsito tiene como fin garantizar la seguridad de las personas en los temas de personas y vehículos en la vía pública. Por ejemplo, en un caso por doble homicidio:

En un hecho de tránsito perdió la vida un muchacho y al enterarse la madre de la víctima, fallece por la impresión de saber lo ocurrido. En este caso, la norma que establece el deber de cuidado en la conducción automovilística no está diseñada para evitar la muerte de la madre del susto o impresión. En todo caso le será imputable la muerte del hijo, pero no de la madre (Girón, 2008, p. 22).

Se incluyen dentro del ámbito de protección de la norma daños posteriores o sobrevinientes, como un caso que ocurrió en San Miguel Petapa, cuando a las 5:00 horas, una persona conducía su vehículo en una fila de vehículos a una velocidad muy lenta, cuando se cruzó la calle una anciana de 75 años, que colisionó con el vehículo y resultó con fractura en una pierna. Hubo una conciliación entre el piloto y la anciana, que fue llevada a un hospital privado en donde se le enyesó, pagando los gastos y medicamentos el conductor del vehículo. Como a los tres meses, el Ministerio Público cita al piloto a una conciliación en donde le piden cincuenta mil quetzales de indemnización, debido a que los huesos fracturados no pegan debido a una osteoporosis. Aquí el ámbito de protección de la norma del deber de cuidado no está para proteger a las personas de una enfermedad

generalizada del sistema esquelético por pérdida de masa ósea. Otro ejemplo:

(...) como consecuencia de un accidente de tránsito a una persona le amputan una pierna. Años más tarde, al andar con sus muletas, cae y se produce su muerte. En este caso, no es imputable este resultado al causante del accidente de tránsito porque no está dentro del fin de protección de la norma evitar daños posteriores que surjan después del restablecimiento, como consecuencia de la reducción de fuerzas que genera normalmente un accidente (Dal, 2011, pp. 36-37).

2.6. Principio de ámbito de protección de la víctima

Del principio del ámbito de protección de la norma, surgió el ámbito de protección de la víctima, parecido al de autopuesta en peligro. Al respecto, indica Reyes Alvarado (2012) “conforme al cual no deben serle atribuidos al autor de la conducta aquellos resultados que corresponden a la esfera de la protección de la víctima” (p. 482). El caso de los pacientes que no toman sus medicamentos prescritos por el médico tratante, o que no los toman en las dosis y tiempos indicados y en consecuencia agravan su salud e incluso fallecen. Otro ejemplo, será el de las personas que no cumplen con las disposiciones sanitarias emanadas por las autoridades para evitar la contaminación por COVID-19, no usan la mascarilla o tienen un uso inadecuado de ella, incumplen con lavarse las manos, etc.

2.7. Prohibición de regreso

Conforme se desarrolla la teoría de la imputación objetiva, los finalistas le agregan otro criterio denominado prohibición de regreso, para eximir la responsabilidad penal a la persona que realiza una conducta socialmente adecuada de donde se deriva un ilícito. El criterio de la prohibición de regreso:

... había sido expuesto a comienzos del siglo XX en Alemania por Reinhart Frank como un mecanismo para impedir que la responsabilidad penal se extendiera de manera ilimitada; conforme a este planteamiento original de la prohibición de regreso, un garante no debe responder por todas las posibles afectaciones que pueda sufrir el bien jurídico cuya custodia le ha sido encomendada. En términos generales con la prohibición de regreso se pretendió exonerar de responsabilidad penal a quien con su conducta posibilita la ejecución de un hecho delictivo, equiparando así el comportamiento de esa persona con una conducta socialmente adecuada (Reyes, 2012, p. 480).

Un ejemplo será el de un taxista que es contratado por dos personas para un viaje, y al llegar a su destino estos le indican que ingrese a un garaje mientras ellos sacan de una casa dos televisores, dos computadoras y otros objetos que ponen en el baúl del taxi, y le indican: que lo contratan para otro viaje a otro destino. Una vecina que observó desde una ventana, llama a la policía y les da el número de placa y color del vehículo. Recorren la avenida Bolívar cuando el taxista observa que una patrulla de

la PNC le hace señales que pare. Al parar en una esquina las dos personas que lo contrataron salen del vehículo y se van corriendo hacia la zona 8. La policía detiene al taxista por no portar documentos que acrediten la propiedad o posesión de los objetos que lleva en el baúl.

En este caso, conforme la prohibición de regreso el taxista realiza un servicio o actividad propia de su ocupación, socialmente aceptada, que es el transportar personas y objetos de un lugar a otro, y no responde penalmente por los objetos robados o por encubrimiento, aunque el sospechara que los objetos fueron robados.

A la prohibición de regreso, los funcionalistas o normativistas le agregan el cumplimiento de un rol o papel.

Por ello, prohibición de regreso se basa en un elemento fundamental: la conducta del titular del rol ha de estar teñida de neutralidad y una conducta es neutral cuando precisamente se realiza dentro del seno del ejercicio de un rol social, o lo que es lo mismo: una conducta neutral (adecuada a un rol) es aquella que, por definición carece de sentido delictivo (Caro y Polaino-Orts, 2009, p. 98).

Se han dado algunos casos en donde un notario ha autenticado unos documentos, o bien ha autorizado una escritura pública de compraventa de un bien inmueble, y después estos documentos públicos se encuentran dentro de un caso de lavado de dinero u otros activos. Luego en la investigación se le imputa al notario ser partícipe de una organización

delictiva. Debe considerarse que son ejemplos en donde la defensa puede argumentar en la etapa del proceso que considere conveniente, la falta de responsabilidad penal por el principio de prohibición de regreso en aplicación de la teoría de la imputación objetiva, por cumplimiento de una conducta profesional socialmente aceptada en donde su rol corresponde a una conducta neutral. Además, se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma y no aumentó ni incrementó el riesgo en la producción del resultado.

2.8. Conocimientos especiales

Paralelo a la prohibición de regreso, surge el criterio de conocimientos especiales para aquellas personas que además de su profesión poseen conocimientos especiales, ajenos al rol que realizan en el momento de la conducta.

Así, un escribano da fe de unos documentos que acreditan determinadas operaciones fiscales. Posteriormente esa documentación es empleada por otros sujetos para cometer una infracción tributaria. Pero al dar fe de los mismos, descubre que existe un error en el balance, siendo así que dicho dato no lo sabe en tanto notario público sino en tanto experto en economía (a lo cual dedica sus tardes libres). ¿Se le imputaría participación en un delito tributario por concurrir ese conocimiento especial? (Polaino-Orts, 2009, p. 99)

Inicialmente, por la prohibición de regreso el notario autentica los documentos en una actividad en cumplimiento de un rol. Ahora bien, respecto de su participación en el delito tributario no tiene responsabilidad penal, porque quedan fuera de la imputación penal esos conocimientos especiales (auditoría) exceden del rol.

La teoría de la imputación objetiva constituye una herramienta jurídica para la resolución de casos relacionados con delitos consumados, de resultado, culposos o imprudentes, ya que es una teoría generalizada en la dogmática penal democrática. Sus principios o criterios se resumen en: la creación de un peligro y el resultado por la realización del peligro, la creación de un riesgo no permitido o incremento en la realización de un riesgo permitido, principio de autopuesta en peligro, principio de confianza, principio del ámbito de protección de la norma, el ámbito de protección de la víctima, la prohibición de regreso, conocimientos especiales. La mejor forma de internalizar los conocimientos es aplicándolos en la práctica diaria y cumplir con la función que nos ha sido asignada dentro del proceso penal.

Referencias bibliográficas

Alcocer Guaranga, Wilmer Nino. (2015). *Teoría de la Imputación Objetiva en la Jurisprudencia Peruana*. Revista Derecho y Cambio Social. Perú. Recuperado de file:///C:/Users/capa03.foca/Downloads/Dialnet-TeoriaDeLaImputacionObjetivaEnLaJurisprudenciaPeru-5456411%20(1).pdf

Bacigalupo, Enrique. (1994). *Manual de Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A.

Caro John, José Antonio y Polaino-Orts, Miguel. (2009). *Derecho Penal Funcionalista. Aspectos Fundamentales*. México: Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V.

Dal Dosso, Darío Alberto. (2011). *Teoría de la Imputación Objetiva. Investigación para la evaluación final correspondiente a la VI Edición del Master propio en Derecho Penal*. España: Universidad de Sevilla.

Girón Palles, José Gustavo. (2008). *Teoría del Delito*. Guatemala: Instituto de la Defensa Pública Penal.

Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. (2015). *Derecho Penal Parte General*. 2ª edición. México: Tirant lo Blanch.

Reyes Alvarado, Yesid. (1992). *Fundamentos Teóricos de la Imputación Objetiva*. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Recuperado de

file:///C:/Users/capa03.foca/Downloads/Dialnet-FundamentosTeoricosDeLaImputacionObjetiva-46421.pdf

Reyes Alvarado, Yesid, et. al. (2012). *El Pensamiento Filosófico y Jurídico Penal de Günther Jakobs*. México: Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V.

Roxin, Claus. (1997). *Derecho penal parte general*. Tomo I Fundamento y Estructura de la Teoría del Delito. España: Editorial Civitas, S.A.

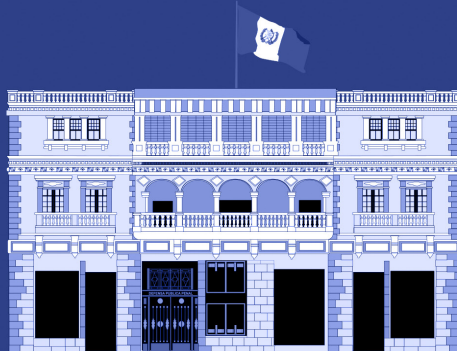
Welsel, Hans. (1964). *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Barcelona: Ariel.

Leyes

Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 17-73. *Código Penal*. Guatemala.

Jurisprudencia

Auto de fecha 28 de abril de 2020, página 3. Sala Segunda de la Excm. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Mercedes, Provincia de Buenos Aires.



La acción de revisión con relación a la pena impuesta y el principio de ultractividad

M.A. Jeydi Maribel Estrada Montoya

1. Revisión

En la doctrina se le ha denominado medio de impugnación, recurso, recurso extraordinario o medio de revisión, actualmente se le ha llamado acción de revisión, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala le ha llamado acción de revisión, denominación que parece más idónea por su naturaleza y aplicación.

García Rada, Domingo (1980) indica con relación a la revisión que “ataca la santidad de la Cosa Juzgada y conmueve los cimientos del orden jurídico al autorizar que una sentencia firme y ejecutoriada, sea nuevamente revisada en sus propios fundamentos y a la luz de nuevos hechos o circunstancias” (pág. 50).

Almagro Nosete (1994) refiere a que la revisión es un proceso autónomo que solo procede por causas tasadas, circunscritas a casos determinados de conocimiento sobrevenido sobre hechos o pruebas que se utilizaron en el juicio o sobre nuevos hechos o meros elementos de prueba, con el fin de evitar la grave injusticia de la resolución impugnada, mediante su

anulación o rescisión con los consiguientes efectos, en su caso, de apertura de otro enjuiciamiento.

Fernando de la Rúa (1994) en cuanto a la revisión indica que tiene un carácter excepcionalísimo, con aptitud para remover una decisión penal pasada en autoridad de cosa juzgada, solo justificado ante situaciones que enfrentan una iniquidad manifiesta y que deben derivar necesariamente de las exclusivas previsiones contenidas del ordenamiento instrumental.

Con relación a la revisión, la exposición de motivos del Código Procesal Penal de Guatemala (2003) indica: “La revisión contemplada en el Libro Tercero, Título VII (artículos del 453 al 463 del Código Procesal Penal), no constituye propiamente un recurso, sino más bien es una acción impugnativa <y de ahí que por ello esté ubicada en el libro de “impugnaciones” del citado Código> que se funda en la posibilidad del error judicial y la necesidad de eliminar éste si concurre en una resolución que ya ha pasado en autoridad de cosa juzgada y se encuentra en fase de ejecución...” (pág. 259)

La revisión puede definirse como el medio por el cual se solicita la anulación o reforma de la sentencia ejecutoriada, para que se dicte otra conforme a la ley y la justicia en favor del condenado para obtener beneficios basados en aspectos fácticos y legales.

El libro tercero del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, se denomina “Impugnaciones” y dentro

de este libro se encuentra regulado como recurso la revisión y establece que este solo procede contra sentencias debidamente ejecutoriadas para perseguir la anulación de la misma y solo procede en favor del condenado o a quien se le haya impuesto una medida de seguridad y corrección.

El objeto de la revisión es el examen de la sentencia ejecutoriada y que esta revisión sea en favor del condenado, aun cuando se haya dictado una medida de seguridad. En cuanto a la impugnabilidad objetiva a efecto de evitar la violación al principio *non bis in idem* y de la prohibición de la *reformatio in peius*, el artículo 453 del Código Procesal Penal establece los casos de procedencia. Con relación a la impugnabilidad subjetiva el artículo 454 del mismo cuerpo legal establece los sujetos que tienen legitimidad para plantearla, en este aspecto llama la atención que la pueden plantear el propio condenado o a quien se le haya impuesto una medida de seguridad y corrección, el Ministerio Público y el juez de ejecución lo pueden hacer en el caso de la aplicación retroactiva de una ley penal más benigna, el hecho de que el juez de ejecución pueda plantear la acción de revisión es de vital importancia para el análisis que se realizará en este artículo.

2. Fundamento de la revisión

Doctrinariamente, el fundamento de la revisión es principalmente evitar el error judicial producido en determinado proceso penal, sería como la enmienda del error que contiene la sentencia, como se apreciará en el caso objeto de análisis del presente artículo.

La eliminación del error judicial no es por nueva valoración de la prueba, sino por la presentación de nueva probanza no conocida o no existente cuando se expidió la sentencia respectiva. La Corte Suprema de Justicia, a este respecto, ha indicado en el expediente número 378-2010 lo siguiente: “(...) el error judicial ha de derivar de hechos distintos a los establecidos en el proceso, de manera que no podría basarse en una nueva valoración de las pruebas, lo cual anularía la institución de la cosa juzgada”. Sentencia que fue confirmada por la Corte de Constitucionalidad.

Claus Roxin (2000) señala que la revisión sirve para la eliminación de errores judiciales frente a sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada. La paz jurídica solo puede ser mantenida si los principios contrapuestos de seguridad jurídica y justicia son conducidos a una relación de equilibrio. El procedimiento de revisión representa el caso más importante de quebrantamiento de la cosa juzgada en interés de una decisión materialmente correcta.

3. Forma de la revisión

La forma de plantear la acción de revisión se encuentra regulada en el artículo 456 del Código Procesal Penal:

- a) La acción de revisión, para ser admitida, deberá presentarse por escrito ante la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia.
- b) Se deberá indicar concretamente los motivos en que se funda, es decir, el caso de procedencia indicado en la ley.
- c) Se deberá indicar en el escrito las disposiciones legales aplicables al caso concreto.

- d) Se deberá hacer una argumentación congruente, detallada y coherente del motivo y los aspectos fácticos y jurídicos, así como probatorios de la acción de revisión.
- e) Se acompañará, en el mismo momento, toda la prueba documental que se invoca o se indicará el lugar o archivo donde esté.
- f) Debe bastarse a sí mismo.

4. Motivos de revisión

Los motivos de procedencia de la acción de revisión se encuentran regulados en el artículo 455 del Código Procesal Penal y se clasifican en motivos genéricos y especiales. Los motivos genéricos de revisión son:

- Los nuevos hechos o elementos de prueba, por sí solos o en conexión con los medios de prueba ya examinados en el procedimiento, deben ser idóneos para fundar la absolución del condenado o una condena menos grave.
- La aplicación de otro precepto penal distinto al de la condena.
- La aplicación de decisión sobre una medida de seguridad y corrección, esencialmente diversas de la anterior.

Los motivos especiales de revisión son:

1. La presentación después de la sentencia de documentos decisivos ignorados, extraviados o que no se hubieren incorporado al procedimiento.

2. La demostración de que un elemento de prueba decisivo apreciado en la sentencia, carece de valor probatorio asignado, por falsedad, invalidez, adulteración o falsificación.
3. Cuando la sentencia condenatoria ha sido pronunciada a consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, cuya existencia fue declarada en fallo posterior firme.
4. Cuando la sentencia penal se basa en una sentencia que posteriormente ha sido anulada o ha sido objeto de revisión.
5. Cuando después de la condena sobrevengan hechos o elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hacen evidente que el hecho o una circunstancia que agravó la pena no existió, o que el condenado no lo cometió.
6. La aplicación retroactiva de una ley penal más benigna que la aplicada en la sentencia.

La exposición de motivos del Código Procesal Penal (2003) indica que ante la posibilidad del error judicial y la necesidad de eliminar este se dan los presupuestos contemplados en los numerales 2 y 4 del artículo 455 del citado código; pretenden evitar condenas injustas los motivos contemplados en los numerales 1, 3 y 5 del artículo 455 *ibíd.*; o bien para lograr un beneficio para el condenado, lo cual se encuentra contemplado constitucionalmente en el artículo 15 del texto supremo, en consonancia con el numeral 6 del artículo 455 del Código Procesal Penal: “La aplicación retroactiva de una ley penal más benigna que la aplicada en la sentencia”.

En este último inciso se basa el análisis del presente ensayo.

5. La aplicación retroactiva de una ley penal más benigna que la aplicada en la sentencia

El órgano competente para conocer los recursos de revisión es la Corte Suprema de Justicia, en cuanto al caso específico de procedencia del numeral 6 del artículo 455 del Código Procesal Penal, en la práctica ha sucedido que la Corte Suprema de Justicia ha rechazado el recurso de revisión por este motivo, a lo que la Corte de Constitucionalidad por amparo interpuesto, ha indicado lo descrito en el expediente 473-2011: “En razón de lo anterior se establece que la autoridad impugnada debió entrar a conocer el recurso de revisión interpuesto por el ahora postulante, y no rechazar *in limine* dicho medio de impugnación por considerar que no cumplía con elementos relativos a su procedencia, cuando el recurrente invocó el motivo contenido en el numeral 6) del artículo 455 del Código Procesal Penal, lo cual, como se refirió anteriormente, constituye en punto de derecho, y esa circunstancia impide que la autoridad impugnada pueda exigir al impugnante el señalamiento de nuevos hechos o la aportación de elementos de prueba como requisitos esenciales para la procedencia del recurso”.

Razones por las cuales en la actualidad la Corte Suprema de Justicia entra a conocer el recurso de revisión por este motivo, pero indica que es por disposición de la Corte de Constitucionalidad, ya que según su criterio conocer este asunto es competencia de los juzgados de ejecución penal.

Lo que se ha dado es una confusión respecto a que el juez de ejecución puede interponer el recurso de revisión, en el caso de aplicación retroactiva

de una ley penal más benigna que la aplicada en la sentencia, pero la Corte Suprema de Justicia considera que la aplicación retroactiva de la ley es competencia del juez de ejecución.

El inciso sexto del artículo 455 del Código Procesal Penal se refiere a la aplicación retroactiva de la ley, por lo que es preciso antes de analizar el caso específico que se aborde la irretroactividad, retroactividad y ultractividad de la ley.

En el derecho penal rige el principio de irretroactividad, que consiste en proteger a los ciudadanos ante la posibilidad de que se les pueda sancionar posteriormente por un acto que cuando se realizó no estaba prohibido.

La irretroactividad no es absoluta, pues se refiere solo a aquellas normas que perjudiquen al imputado, acusado o condenado, pero no para aquellas que le benefician, por ejemplo, si un delito es derogado por una ley posterior, o se tipifica una pena menor se debe aplicar la norma que le beneficia. Otra excepción al principio de irretroactividad se da cuando en el desarrollo del proceso se dicta una ley más grave, en este caso, la ley derogada mantiene su vigencia por ser más benigna y es lo que se denomina ultractividad de la ley penal.

La irretroactividad según Guillermo Oliver Calderón (2007) se refiere “al hecho de que las leyes penales (y procesales penales) sólo pueden ser aplicadas a las conductas que se realizan mientras están vigentes. Por un lado, no pueden alcanzar a los actos que se ejecutan antes de su entrada en

vigor, y por otro, tampoco a los que tienen lugar después del término de su vigencia” (pág. 32).

La retroactividad se refiere a las situaciones en que al juzgar un hecho se aplica una ley que ha entrado en vigencia posteriormente a su realización. Oliver Calderón (2007) también indica que la doctrina acostumbra a utilizar el término *ultractividad* “para referirse a la situación que se produce cuando un hecho es sancionado conforme a la ley que se encontraba vigente al momento de su realización, pero que ya no lo está en la época de su juzgamiento. Por ejemplo, cuando se ha cometido un delito durante la vigencia de una ley temporal, la cual es aplicada a pesar de que ha finalizado su vigor al momento del juicio” (página 38).

La *ultractividad* consiste en que una ley ya derogada, que estaba vigente cuando se dio el hecho, es aplicada siempre que favorezca al reo.

Con relación a la *ultractividad*, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia ha indicado lo siguiente: “El principio de *ultractividad* de la ley penal opera cuando la nueva ley es más gravosa para el procesado, debiéndose aplicar la derogada por ser más benigna y se distingue del principio de retroactividad, en que este se aplica cuando la nueva ley es más favorable al reo” (expediente 79-2011).

En nuestra legislación la regla general es la irretroactividad de la ley penal, puede decirse que el fundamento de este principio se encuentra en el principio de legalidad penal, el cual exige que no haya ningún delito ni

pena sin una ley previa que así lo determine, tal como lo indican los artículos 1 del Código Penal y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, doctrinariamente responde a exigencias de seguridad jurídica y, por lo tanto, de garantía de las libertades individuales, que se verían afectadas si el sujeto pudiera ser sancionado por una ley que no pudo tener en cuenta en el momento de la realización de un hecho.

Según Carlos Verdejo (2015) la excepción a la aplicación retroactiva y ultractiva de la ley penal encuentra su fundamento en el principio de proporcionalidad en sentido amplio o de prohibición de exceso, entendido como el conjunto de límites materiales de las actuaciones de los poderes públicos restrictivas de los derechos individuales, como la intervención penal del Estado y según este autor se agregan consideraciones de justicia material, penológicas (entre otras) y su uso se restringe a los casos en que la aplicación retroactiva o ultractiva de la ley penal trae como consecuencia una situación más favorable para el imputado.

Pese a la regulación de la retroactividad de la ley en materia penal, el artículo 15 de la Constitución Política de la República que establece: “La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo”; existen sentencias en Guatemala en las que la pena máxima que el Código Penal contemplaba en el momento de la comisión del hecho era menor que la que establece el tipo penal por el que se condena, se impone esta última; como el caso que se analizará a continuación, en donde por este motivo fue objeto de revisión basándose en el artículo 455 numeral 6 del Código Procesal Penal.

6. Caso de Yahir Quiñónez Orozco

Antecedentes

El señor Yahir Quiñónez Orozco se encontraba en el año 2012 cumpliendo una condena de cincuenta años de prisión por dos delitos de plagio o secuestro, delitos cometidos según las sentencias el dieciocho de enero y catorce de marzo de mil novecientos noventa y cinco. Por la fecha en la que sucedieron los hechos, el delito de plagio o secuestro no tenía prohibición para otorgarle medidas sustitutivas, por lo que estuvo gozando de las mismas, y la pena total corporal de conformidad con esta sentencia la cumpliría el 11 de marzo del año 2046.

Sin embargo, la sentencia del señor Yahir Quiñónez Orozco fue objeto de análisis por la defensa técnica en la Unidad de Impugnaciones del Instituto de la Defensa Pública Penal, ya que el condenado aseguraba que le correspondían 30 años de cárcel y no 50 como se le impusieron, al realizar el análisis respectivo se determinó que efectivamente en la fecha en que sucedieron los hechos por los que fue condenado el señor Quiñónez Orozco le correspondían 30 años de prisión, pues en esa fecha el Código Penal en su artículo 44 contemplaba que la pena de prisión consistía en la privación de la libertad personal y que esta debería cumplirse en los centros penales destinados para tal efecto, estableciendo su duración desde un mes hasta 30 años. El artículo 44 fue objeto de reforma por el Decreto número 20-96 de fecha 7 de mayo de 1,996, por lo que se extendió la pena de prisión hasta 50 años. Cuando el señor Quiñónez Orozco fue llevado a debate y sentenciado, la pena que se le impuso fue tomando en cuenta el límite que contempla la reforma de 1,996 que consisten en cincuenta

años de prisión, y no la que establecía el Código Penal en la fecha en que sucedieron los hechos por los que fue condenado.

7. Del recurso de revisión interpuesto

Al determinar los motivos de procedencia del recurso de revisión interpuesto a favor de Yahir Quiñónez el 27 de agosto del 2012, contra la sentencia penal ejecutoriada emitida por el Tribunal Quinto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente (C-1897 of. 2º), fallo mediante el cual se le impuso la pena de CINCUENTA AÑOS DE PRISIÓN, por el delito de plagio o secuestro.

El argumento principal de la acción de revisión fue que el Tribunal de Sentencia al momento de imponer la pena aplicó la ley vigente al momento en que se dictó la sentencia, y no la ley que correspondía a la fecha en que se cometieron los hechos en aplicación del principio de ultractividad, pues los hechos imputados acaecieron el catorce de marzo de mil novecientos noventa y cinco y dieciocho de enero de mil novecientos noventa y cinco. En la sentencia ejecutoriada se indica en el numeral IV de la página 76 de la ‘Determinación Precisa y Circunstanciada del Hecho que el Tribunal Estima Acreditado’: “(...) conforme nuestro derecho sustantivo penal, en todo caso la duración de las penas de prisión no deben extenderse a más de cincuenta años, al Tribunal no le queda más que acomodar la pena a dicho máximo (...)” De lo anterior se establece que el Tribunal de Sentencia aplicó el artículo 44 reformado por el Decreto número 20-96, decreto que no estaba vigente en la fecha en que sucedieron los hechos, pues los hechos que se imputaron ocurrieron en el año 1995, por lo que

en aplicación del principio de ultractividad debió de aplicarse el artículo 44 antes de su reforma, que establecía: “La pena de prisión consiste en la privación de la libertad personal y deberá cumplirse en los centros penales destinados para tal efecto. Su duración se extiende desde un mes hasta 30 años”.

El tribunal de sentencia, en aplicación del principio de ultractividad, debió aplicar la pena de treinta años que era el máximo de duración que establecía la ley vigente en la fecha que sucedieron los hechos que se imputaron, y no la de cincuenta como erróneamente se hizo; pues aplicó la reforma al Código Penal contenida en el Decreto 20-96, la cual entró en vigencia ocho días después de su publicación en el diario oficial, siendo publicada esta el 9 de mayo de 1996, es decir entró en vigencia el 18 de mayo de 1996 y los hechos por los que se condenó sucedieron en el año de 1995.

8. Motivos genéricos de la acción de revisión

Para darle trámite al recurso de revisión la ley establece que debe indicarse concretamente los motivos en que se funda (artículo 456 del CPP), es por ello que como motivo genérico en el caso del señor Yahir Quiñónez Orozco, se invocó como supuesto jurídico de viabilidad el artículo 455 de la ley adjetiva penal vigente, que brinda la oportunidad de demostrar la existencia de nuevos hechos, que por sí solos o en conexión con los medios de prueba ya examinados en el procedimiento son idóneos para fundar una condena menos grave, por aplicación de otro precepto penal distinto al de la condena.

Aunque lo que se discutía en el recurso de revisión eran puntos de derecho, la estrategia de defensa también consistió en acreditar que el señor Yahir Quiñónez Orozco ya se encontraba en condiciones para reinsertarse a la sociedad y romper prejuicios que los magistrados podrían tener en cuanto a otorgarle el beneficio al condenado, por lo que se incorporaron al recurso de revisión informes de trabajo social y psicología del señor Quiñónez Orozco, asimismo, la ley establece como requisito de forma acompañar al memorial de revisión toda la prueba documental que se invoca.

Es así como se acompaña al memorial de revisión, el informe de trabajo social realizado por la Licenciada Adilis Micela Velásquez Herrera de Pinto de fecha tres de julio del dos mil doce, en el que se indicaba que en los diecisiete años que llevaba el señor Quiñónez Orozco de estar detenido su conducta había sido intachable en los penales donde estuvo recluido, pues incluso, en la fuga que se dio en el año dos mil uno tuvo la oportunidad de huir por encontrarse las puertas del penal abiertas, por el contrario, él fue la persona que auxilió al alcaide y al personal del centro de detención, posterior a la fuga, y quien cerró las puertas del penal, asimismo, debido a su buen comportamiento se le permitió salir a la iglesia de La Merced en Antigua Guatemala el uno de diciembre del dos mil seis, para contraer matrimonio religioso.

Además, se argumentó que el informe psicológico (2012) establecía lo siguiente en la conclusión número tres: “Después del análisis total del presente infiero: que el evaluado se encuentra en el uso de sus facultades mentales, es capaz de discernir entre el bien y el mal reconociendo la consecuencia de sus actos, con un perfil de personalidad con tendencias

al liderazgo, desenvolvimiento adecuado en un ambiente controlado, no se encontraron rasgos significativos para considerar que el evaluado represente un riesgo extremo para la sociedad” (pág. 3).

9. Motivo especial de la acción de revisión

En el memorial de revisión del señor Quiñónez Orozco, se argumentó como motivo especial el contenido en el artículo 455 inciso 6 del Código Procesal Penal que establece: “La aplicación retroactiva de una ley penal más benigna que la aplicada en la sentencia”. En cuanto a la ultractividad que se argumentó en la revisión, también se incluyó jurisprudencia con relación a este extremo, en la acción interpuesta por Miguel Ángel Rodríguez Revolorio y Miguel Ángel López Caló ante la pena de muerte impuesta (expediente número 01004-2011-00328), la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia emitió sentencia en la revisión interpuesta, indicando en la página 9: “(...) es procedente declarar con lugar la revisión solicitada por los condenados, e imponerles la pena superior inmediata a la pena de muerte vigente al momento de la comisión del hecho delictivo, que era la de treinta años de prisión (...)”

10. Sentencia de revisión emitida por la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia

Ante el planteamiento de la citada revisión, la Corte Suprema de Justicia indicó en el primer considerando que la acción de revisión como medio excepcional para revertir una sentencia condenatoria firme es establecida exclusivamente en *favor rei*, y ha sido instituida para evitar un error judicial, uno de los supuestos del error es que se haya dictado una condena

aplicando una ley que no era la vigente al momento de la comisión del hecho juzgado. En el considerando segundo indica la Cámara Penal que es un principio en derecho penal que, si un hecho es juzgado cuando se ha modificado la ley en que se basa su condena, debe aplicársele la que le es más favorable. El principio antes citado se encuentra contemplado en los artículos 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala y 2 del Código Penal; razón por la cual, los órganos jurisdiccionales en los casos concretos deben aplicar la ley a los hechos ocurridos durante su vigencia y si en materia penal se aplica una ley vigente a hechos ocurridos durante el imperio de otra ley, será únicamente cuando favorezca al reo.

En el mismo considerando la Cámara Penal indica, en conclusión: “Lo cierto es, que de conformidad con los artículos 15 constitucional y 2 del Código Penal, el accionante de la revisión solo debe cumplir hasta 30 años de prisión, cómputo para cuya realización, está facultado el juez de ejecución, y que en opinión de Cámara penal no debiera resolverse en una revisión”. E indica que es procedente declarar con lugar la revisión solicitada por el condenado y se le debe aplicar *ultractivamente* la que se encontraba vigente al momento en que se cometieron los hechos delictivos, por ser la que más le beneficia. Por lo que resulta procedente reformar la resolución impugnada y declarar con lugar la acción de revisión.

Del análisis del caso de revisión, basado en el artículo 455 numeral 6 del Código Penal se establece en cuanto a su planteamiento que existen dos posiciones. La primera, la Corte de Constitucionalidad que indica que la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia debe conocer de estos casos de procedencia, y la posición de la Corte Suprema de Justicia

que indica que debe verificarse el cómputo en un juzgado de ejecución. Ante estas dos posturas, es oportuno considerar que la confusión se debe a que cuando se trata del motivo especial de revisión, que consiste en la aplicación retroactiva de una ley penal más benigna que la aplicada en sentencia, el juez de ejecución está facultado para promover la revisión, pero Cámara Penal considera que debe resolverse en ejecución y no a través de una revisión; sin embargo, el caso del señor Quiñónez fue declarada con lugar y esta sentencia abrió la oportunidad para que otros condenados en la misma situación pudieran lograr la aplicación de 30 años de prisión y no 50 como se les había impuesto.

Referencias bibliográficas

Almagro Nosete y Tomé Paula, José. (1994). *Institución de Derecho Procesal Penal*. (2.^a edición). Madrid: Trivium.

Ayan, M. (2009). *Impugnaciones en el proceso penal*. Buenos Aires, Argentina: Alveroni Ediciones.

Bailón, R. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Ciudad de México: Editorial Limusa, S.A.

Calderón, Guillermo Oliver. (2007). *Retroactividad e Irretroactividad de las Leyes Penales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Conejo, M. (2002). *Medios de Impugnación y defensa penal*. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial. San José, Costa Rica.

De la Rúa, Fernando. (1994). *La Casación Penal. El recurso de casación penal en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*. Volumen único. Buenos Aires, Argentina: Ediciones de Palma.

Ferrajoli, Luigi. (1995). *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Editorial Trotta.

García Rada, Domingo. (1980). *Manual de Derecho Procesal Penal*. (6.^a edición). Perú: Editorial Sesatur.

Verdejo, Carlos. (2015). *Aplicación de la ley penal y procesal penal en el tiempo*. Departamento de Estudios. Defensoría Nacional. Santiago de Chile.

Leyes

Asamblea Nacional Constituyente. (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (1973). Decreto 17-73. *Código Penal*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (1992). Decreto 51-92. *Código Procesal Penal*. Guatemala.



¿Inconstitucionalidad en el procedimiento específico para delitos menos graves?

Lic. Sergio Federico Morales

1. Origen del procedimiento específico para delitos menos graves

El Decreto número 18-2010 del Congreso de la República de Guatemala, consideró “necesario el establecimiento de mecanismos para hacer prevalecer los principios de celeridad, oralidad, inmediatez, publicidad, contradictorio y debido proceso, promoviendo que el procedimiento sea transparente, breve, concreto y desprovisto de formalismos innecesarios y reglas poco realistas”¹; (letra cursiva es propia).

En tanto que el Decreto número 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala, consideró “que la asignación de competencia a los jueces de paz, con un procedimiento simplificado, (...) generará de inmediato condiciones para responder a la demanda de justicia y con ello la posibilidad de aumentar el número de sentencias”²; (letra negrilla es propia).

1 III CONSIDERANDO del Decreto número 18-2010

2 III CONSIDERANDO del Decreto número 07-2011

En ese sentido, la normativa citada implementó el artículo 465 Ter del Código Procesal Penal, cuyo epígrafe se lee así: “Procedimiento para delitos menos graves” (...), cuestión que se considera como el origen de la terminología jurídica: “delitos menos graves”.

A partir de ello se originaron las interrogantes lógicas:

¿Cuáles son los delitos menos graves?³

¿Qué juzgados o tribunales son los competentes para conocerlos?

¿Cuál es la vía recursiva para esos delitos y la competencia para conocerla?

¿Cuál es la normativa aplicable en forma específica y en general? Entre otras.

Anticipando tales cuestionamientos, el Decreto número 7-2011, antes citado, estableció en el artículo 14. Transitorio, lo siguiente: “En todos los artículos del Código Procesal Penal y demás leyes, en donde se indique tribunal de sentencia, debe entenderse que incluye a jueces de sentencia y tribunales de sentencia. La implementación de los procedimientos por delitos menos graves en los juzgados de paz, será progresiva, en la medida que se produzca la designación de fiscales y defensores en cada circunscripción, que pueda celebrarse el debate. Para el efecto, por acuerdos interinstitucionales entre la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio Público y el Servicio Público del Instituto de la Defensa Pública Penal, se determinarán gradualmente las circunscripciones territoriales de aplicación, tomando en consideración los niveles de delincuencia común”. (Letra negrilla es propia).

3 “Que un delito menos grave es aquel sancionado con una pena menos grave, la cual comienza por la prisión que no exceda de cinco años, entra otras tipificadas en el Código Penal español” (Lapoyeu López y Archila Lima, 2020, pág. 7). En Guatemala se ha definido en el Acuerdo número. 29-2011 de la Corte Suprema de Justicia en su artículo 1, literal a; el artículo citado también establece la competencia para conocerlos.

Conforme lo establecido en el artículo 14 transitorio, citado, la Corte Suprema de Justicia ha emitido varios acuerdos, mediante los cuales ha definido cuales son los delitos menos graves (Acuerdo número 29-2011) y la competencia de los juzgados de paz que inicialmente conocieron tales delitos, cuya asignación ha sido gradual, la cual hasta el día de hoy ha alcanzado varios departamentos y municipios del país, conforme a los acuerdos que la Corte Suprema de Justicia ha emitido oportunamente.

2. Inicio del procedimiento específico para delitos menos graves

“Inicio del proceso: El proceso da inicio con la presentación de la acusación fiscal o querrela de la víctima o agraviado” (artículo 465 Ter, numeral 1, Código Procesal Penal). El referido artículo también establece: “(...) se rige, aparte de las normas procesales generales, por las especiales siguientes:”, refiriéndose al procedimiento específico analizado. Aunado a ello, también aplica la totalidad del artículo 44 del Código Procesal Penal, no así los artículos 44 Bis (en virtud de que en este momento no existen jueces de paz de sentencia penal -específicos-, además, este fue derogado por el artículo 15 del Decreto número 7-2011 del CRG) y 44 Ter (el cual se refiere a jueces de paz móvil). Por ser este un procedimiento específico, importado de alguna legislación externa, tiene muchas lagunas, que los jueces y magistrados suplen con el contenido de la frase: “se rige, aparte de las normas procesales generales, por las especiales siguientes”. En consecuencia, el mismo deja de ser específico y se convierte en un procedimiento híbrido, por la inclusión de las normas procesales generales, las que tampoco están definidas concretamente en el Código

Procesal Penal, como tales, sin son todas o algunas, y si algunas, ¿cuáles son y en qué momento se aplicarían?

2.1. Inicio por acusación

Este inicio no presenta dificultad, en virtud de que constitucionalmente corresponde al Ministerio Público la persecución y la acción penal, en consecuencia, se debe entender que tal acusación se refiere a aquellos casos que se inician en el Ministerio Público, diligenciados en sede fiscal. De los cuales, una vez agotados todos los mecanismos de conciliación y mediación, los sujetos procesales en conflicto no llegan a ningún acuerdo, en consecuencia, el ente acusador opta por presentar como acto de inicio: “acusación y solicitud de auto de apertura a juicio, por la vía del procedimiento de delitos menos graves”; derivado de tal acto de iniciación, que ahora se convierte en conclusivo, se espera la aplicación de normas específicas y normas procesales generales, así:

- a) La acusación debe reunir todos los requisitos contenidos en el artículo 332 Bis del Código Procesal Penal (norma procesal general).
- b) Una vez recibida la acusación, el juez de paz fija audiencia: “2. Audiencia de conocimiento de cargos: Esta audiencia debe realizarse dentro de los diez (10) días de presentada la **acusación** o querrela, convocando al ofendido, acusador, imputado y su abogado defensor, desarrollándose de la siguiente manera: [...]” (artículo 465 Ter numeral 2 CPP) (norma específica).

Durante el desarrollo de la audiencia, conocida acá como: “Audiencia de conocimiento de cargos”, se *le confiere la palabra al acusado y a su*

abogado defensor para que ejerzan control sobre el requerimiento, sin especificar cómo ejercer ese control (norma específica); en consecuencia, se debe entender por control sobre el requerimiento, como el ejercicio del derecho de defensa y del debido proceso, por tales razones se debe aplicar la normativa procesal general que establece el artículo 336 del CPP: “En la audiencia que para el efecto señale el juzgado, el acusado y su defensor podrán, de palabra: 1) Señalar los vicios formales en que incurre el escrito de acusación, requiriendo su corrección; 2) Plantear las excepciones u obstáculos a la persecución penal y civil prevista en este Código; 3) Formular objeciones u obstáculos contra el requerimiento del Ministerio Público, instando, incluso, por esas razones, el sobreseimiento o la clausura”.

Si bien es cierto, tal normativa se refiere al conocimiento de una acusación como acto conclusivo en el procedimiento común, en el procedimiento analizado también se está conociendo una acusación, como inicio de un procedimiento, se estima que no hay diferencia entre una y otra acusación, en ambos casos tienen como finalidad discutir sobre la pertinencia del requerimiento fiscal; aunado a ello se debe presumir que el Ministerio Público ha considerado que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado y también ha establecido que existe la probabilidad de su participación en el hecho delictivo. En consecuencia, el acusado y su defensor tienen el derecho de: 1) Señalar los vicios formales en que incurre el escrito de acusación, requiriendo su corrección; 2) Plantear las excepciones u obstáculos a la persecución penal y civil previstas en este Código; 3) Formular objeciones u obstáculos

contra el requerimiento del Ministerio Público, instando, incluso, por esas razones, el sobreseimiento o la clausura.

En cuanto al juez contralor (juez de paz), la ley procesal solamente le da dos opciones: desestimar la acusación o bien abrir a juicio. Se estima que en aplicación de la normativa procesal general también puede sobreseer, ordenar el archivo, clausurar el proceso, conforme a la petición que haya formulado el acusado y su abogado defensor y del análisis que haya hecho también de la acusación formulada por el Ministerio Público.

2.2. Inicio por querrela

El procedimiento específico por delitos menos graves también puede iniciar con la presentación de una querrela. Este inicio, se estima que es complejo o aparenta serlo, en virtud de que, dependiendo del encausamiento de la querrela, la tramitación *puede* resultar inconstitucional, -dependiendo cómo se maneje la misma-. Sin embargo, es de advertir que si el procedimiento específico para delitos menos graves debe ser *breve, concreto y desprovisto de formalismos innecesarios*, no resulta congruente con tales características el planteamiento de una acción de inconstitucionalidad, en virtud de que hacerlo, constituye, soportar una resolución tardía y hasta innecesaria para resolver un conflicto “leve”, con posibilidades de que no prospere y enfrentando todos los demás inconvenientes; sin embargo, se considera válida la formulación de una hipótesis -expuesta a continuación-, en aras de hacer valer el principio jurídico del debido proceso.

2.3. ¿Qué entendemos por querrella?

Definición: “Del latín *querella*, el término **querella** tiene su significado original en la expresión de un sentimiento doloroso o un dolor físico. El concepto, sin embargo, está muy vinculado al ámbito del derecho en lo referente a las discordias y las disputas. Una querella, por lo tanto, es un acto que puede ser ejercido por un particular o un fiscal ante un tribunal o un juez, como una acción penal contra personas a las que acusa por un delito” (Pérez Porto, Julián y Merino, María, 2010).

También es oportuno exponer que “es un acto procesal que pone en conocimiento del juez un acto punible y expresa la voluntad de ejercitar la acción penal. La querella, es un derecho, que poseen todos los ciudadanos, que hayan sido ofendidos por delitos cometidos contra su persona o bienes. La querella se propone por escrito y, puede ser presentada por cualquier persona natural o jurídica, que posea el carácter de víctima, o por una autoridad del Estado, como: el fiscal, ante el juez o tribunal de control. En relación a lo anterior, existe la querella pública o privada. La querella de delitos públicos, se caracteriza por ser “de oficio” y es interpuesta por las propias autoridades. A su vez, la querella de delitos privados es el afectado quien debe de manifestar su voluntad de formar parte del proceso y presentar la querella” (Pérez Porto, Julián y Merino, María, 2010).

En ese sentido, el Código Procesal Penal tiene establecidas las dos clases de querella, la primera que se plantea por delito de acción pública, la que debe cumplir con los requisitos de los artículos 302 y 303, los cuales prescriben básicamente los requisitos del memorial contentivo de la

querella, si se hubiesen omitidos requisitos, qué procede y básicamente que el juez de primera instancia en ese momento se constituye como juez contralor; y debe remitir inmediatamente la querella al Ministerio Público para que proceda a la inmediata investigación.

La segunda querella que establece el CPP es la planteada por delitos de acción privada, prescrita en el artículo 24 Quater y su procedimiento específico en los artículos 474 en adelante, del referido código (en ellos no se hace distinción entre delitos menos graves, graves o de mayor riesgo, todos obedecen a una misma clasificación “Delitos de acción privada”). Cabe señalar en este párrafo que para la admisión, trámite y resolución de las querellas por delitos de acción privada, existe en la ciudad de Guatemala un tribunal especializado, el Tribunal Duodécimo de Sentencia Penal del departamento de Guatemala creado mediante el Acuerdo 68-98 de la Corte Suprema de Justicia; para el caso de los demás municipios y departamentos del país, conocen los tribunales de sentencia de cada lugar, específicamente, conforme a los acuerdos emitidos por la Corte Suprema de Justicia.

Y la tercera querella, es la que establece el procedimiento específico para delitos menos graves, en la cual no se estipula —obviamente— si es para delitos de acción privada o para delitos de acción pública. El artículo 465 Ter del CPP, solamente refiere que: “El proceso da inicio con la presentación de la acusación fiscal o querella de la víctima o agraviado”. En ese sentido, se debe entender que es una querella por delito de acción pública, en virtud de ser competencia de un juez de paz, excluyendo

de la misma los delitos de acción privada que conocen los tribunales mencionados en el párrafo anterior.

La hipótesis planteada en este artículo, consiste en que al confrontar el derecho que confiere el artículo 465 Ter a una persona a presentar una querrela (sin especificar requisitos, ni detalles de la misma, se aplican normas procesales generales, es decir requisitos contenidos en la querrela de acción pública –artículo 303 CPP- y requisitos de la querrela de acción privada –artículo 474-) para iniciar un procedimiento específico, sin que haya intervenido el ente investigador, a quien por mandato constitucional le compete la acción penal, se produce una inconstitucionalidad parcial de ley, por considerar que solo al Ministerio Público compete la persecución penal y la acción penal (artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala). En ese sentido, el fundamento del planteamiento es el siguiente:

1. El segundo párrafo del artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: “El Jefe del Ministerio Público será el Fiscal General de la República y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública” (letra negrilla es propia).

Al respecto, la Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado de la siguiente manera: “El Ministerio Público como institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales, con funciones autónomas, tiene como fin principal velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país y por mandato constitucional ejerce la acción penal pública,

debiendo, para cumplir sus funciones, adecuar su actuar a un criterio objetivo, pudiendo realizar las diligencias que estime necesarias para la averiguación de la verdad y hacer requerimientos ante el órgano contralor de la investigación, dando cumplimiento a las resoluciones emitidas” (letra negrilla es propia). (Corte de Constitucionalidad, *expediente 4541-2018*, sentencia de fecha 20/3/2019).

[...] al Ministerio Público como institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales con funciones autónomas le corresponde por mandato constitucional el ejercicio de la acción penal pública; para el cumplimiento de sus funciones deberá adecuar su actuar a un criterio objetivo, pudiendo realizar las diligencias que estime necesarias para la averiguación de la verdad y recabar todos los elementos que le permitan probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso. En este sentido corresponde al Ministerio Público como ente encargado de la investigación, determinar, de acuerdo a la tesis acusatoria, cuáles son las circunstancias de importancia, tanto para demostrar y probar ante el tribunal de sentencia competente, la existencia del hecho como las que servirán para valorar la responsabilidad o influyan en la punibilidad. [...] (letra negrilla es propia). (Corte de Constitucionalidad, *expediente 3974-2015*, sentencia de fecha 24/11/2015).

[...] el régimen del Ministerio Público se rige por los principios de unidad, legalidad, jerarquía y autonomía funcional, último

que implica que en el ejercicio de sus funciones, el mencionado ente no está subordinado a autoridad alguna. Conviene traer a cuenta, además, lo regulado en el artículo 8 del Código Procesal Penal, que indica: ‘El Ministerio Público, como institución, goza de plena independencia para el ejercicio de la acción penal y la investigación de los delitos en la forma determinada en este Código, salvo la subordinación jerárquica establecida en su propia ley. Ninguna autoridad podrá dar instrucciones al Jefe del Ministerio Público o sus subordinados respecto a la forma de llevar adelante la investigación penal o limitar el ejercicio de la acción, salvo las facultades que esta ley concede a los tribunales de justicia.’ [...] conforme a esta norma, se le veda expresamente a cualquier autoridad, incluidos jueces y magistrados, a instruir al ente encargado de la persecución penal en el enfoque y líneas de investigación que habría de seguir para la averiguación del hecho delictivo. [...] (letra negrilla es propia). (Corte de Constitucionalidad, *expedientes acumulados 1309-2015 y 1389-2015*, sentencia de fecha 12/11/2015).

[...] corresponderá 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 de que éste presente su declaración respecto a

los hechos que se le imputan, y ejerza su derecho de defensa, tanto material, como técnica, ésta última con la asistencia del abogado de su confianza; sin embargo, si durante el transcurso de la investigación, al incorporarse los elementos de convicción, el Ministerio Público determina la concurrencia de otros hechos ilícitos, podrá requerir al juez de la causa la citación del imputado con el objeto que amplíe su declaración, en atención a los mismos y éste pueda ejercer los derechos que le confiere la Carta Magna y las disposiciones adjetivas penales [...] (letra negrilla es propia). (Corte de Constitucionalidad, expediente 1099-2008, sentencia de fecha 24/6/2008. Páginas números 421 y 422 de la Constitución Política de la República de Guatemala con notas de jurisprudencia. Edición año 2019).

De la normativa citada y de las sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad, se deduce que en ninguno de los casos se faculta a los particulares para formular cargos al acusado, al momento de presentar querrela para dar inicio a un procedimiento por delitos menos graves, porque tal acción anularía la atribución que la CPRG confiere al Ministerio Fiscal, para el caso nuestro el Ministerio Público. En ese sentido, debe considerarse que hacerlo significaría incurrir en inconstitucionalidad parcial, en virtud de que el hecho a imputarse no ha sido investigado por el ente investigador oficial –independientemente, que se viola el derecho de defensa y el debido proceso al desconocerse los hechos y medios de prueba en contra del acusado-, solamente la víctima o el agraviado ha

tenido acceso a los medios de investigación, aislando al Ministerio Público y al acusado, violando totalmente el proceso acusatorio o *adversarial* que rige el proceso penal en general. Sin embargo, existe la posibilidad que el órgano jurisdiccional, en este caso el juez de paz competente, envíe la querrela al Ministerio Público para que inicie una investigación y formule el planteamiento que estime pertinente, circunstancia que puede ser oportuna por aplicación de una disposición general para las querrelas de acción pública contenida en el artículo 303 del Código Procesal Penal, que literalmente estipula: “Denuncia y querrela ante un tribunal. Cuando la denuncia o la querrela se presente ante un juez, éste la remitirá inmediatamente, con la documentación acompañada, al Ministerio Público para que proceda a la inmediata investigación”.

Esta circunstancia es permitida porque al procedimiento para delitos menos graves aplican disposiciones generales; y si esa actitud se toma, la misma puede constituir violación a la especificidad del procedimiento, porque ya no inicia por presentación de querrela sino por la investigación que practique el Ministerio Público, de allí que el planteamiento pierda el objetivo de celeridad que inspira el procedimiento, y ya no será inicio por querrela sino por acusación. En consecuencia, el inicio por querrela en el procedimiento específico analizado resulta inoperante. Y si se admitiera así para su trámite y el querellante formule los cargos al querrelado, en la audiencia de conocimiento de cargos, tal pronunciamiento puede resultar inconstitucional.

Con el respeto de los letrados lectores, esto es solo una hipótesis, en virtud de que hasta este momento no hay antecedentes que se haya presentado un caso, en el que se respete la normativa específica para el procedimiento de delitos menos graves, así, es decir que se inicie por querrela, el juez fije fecha para audiencia de conocimiento de cargos y el querellante formule los cargos al querrellado. Si bien es cierto se han presentado algunas querrelas por delitos menos graves, el procedimiento ha variado, conforme a los criterios de los jueces de paz competentes.

A continuación, se ilustra con dos casos que, por planteamientos de acción de amparo, la Corte de Constitucionalidad intervino exponiendo la decisión final:

Caso No. 1

“a) ante la Jueza Primero Pluripersonal de Paz Penal del municipio y departamento de Guatemala –autoridad cuestionada–, Manuel Vicente Molina Contreras –postulante– presentó querrela contra el Gerente General del Crédito Hipotecario Nacional de Guatemala (debido a la fusión por absorción del Banco del Ejército, S.A.) por la supuesta comisión del delito de apropiación y retención indebidas; b) en el desarrollo del proceso, fue señalada audiencia para que el Ministerio Público se pronunciara respecto al conocimiento de cargos, en la cual el ente investigador dio a conocer la desestimación de la causa penal en sede fiscal, al estimar que no se podía proceder”. [Expediente número 4726-2018. Sentencia de fecha veintiséis de septiembre de dos mil diecinueve].

Es oportuno resaltar en el caso planteado: 1) que la “víctima o agraviado” presentó querrela; 2) que se fijó audiencia de conocimiento de cargos; 3) que no fue el querellante quien formuló los cargos, sino el Ministerio Público, como en derecho corresponde. Obviando con ello el derecho de la víctima o agraviado a exponer su acusación como corresponde. En ese sentido, la querrela citada en el artículo 465 Ter es inoperante.

Caso No. 2

“a) ante el Juez Pluripersonal, Primero de Paz Penal del municipio y departamento de Guatemala.....planteó querrela contra Inversiones Torre Nova, Sociedad Anónima, Marlon Manuel Campos Gudiel y Guillermo Antonio Ramírez Morales por los delitos de apropiación y retención indebidas y caso especial de estafa; b) el cuatro de febrero de dos mil catorce se realizó audiencia para conocer del caso por medio del procedimiento para delitos menos graves, en la cual la referida autoridad dictó resolución mediante la cual desestimó la causa”.

En el presente caso, el procedimiento fue similar. De la querrela presentada por la víctima o el agraviado, el Ministerio Público tomó la iniciativa de formular cargos. En consecuencia, se puede deducir que el inicio por querrela solo es un formalismo, en virtud de que en todo caso, el Ministerio Público será el protagonista”. [Expedientes acumulados 3606-2014 y 3670-2014 de la Corte de Constitucionalidad].

Se puede concluir

Ante la hipótesis expuesta, es oportuno volver al párrafo inicial de este artículo: El Decreto número 18-2010 del Congreso de la República de Guatemala, que consideró “necesario el establecimiento de *mecanismos* para hacer prevalecer los principios *de celeridad, oralidad, inmediatez, publicidad, contradictorio y debido proceso*, promoviendo que el procedimiento sea transparente, *breve, concreto y desprovisto de formalismos innecesarios y reglas poco realistas*”⁴; (letra cursiva es propia). Del considerando del decreto que da vida a la normativa de los delitos menos graves, se deduce que deben prevalecer los principios procesales, como los *de celeridad, oralidad, inmediatez, publicidad, contradictorio*, circunstancia que generalmente ocurre en las audiencias del proceso penal, no así el relacionado con el debido proceso, por lo anteriormente analizado y expuesto.

4

III CONSIDERANDO del Decreto número 18-2010

Referencias bibliográficas

Lapoyeu López, Héctor Israel y Archila Lima, Luis Fernando (2020). *Delitos Menos Graves. Orientaciones Técnicas del Litigio*. Guatemala: Editorial Fénix.

Perdomo Ruano, Elia Raquel; Reyes Mejía, Sara Catalina y Cruz Toscano, Avelina. (2014). *Manual de procedimientos para delitos menos graves*. Guatemala: Serviprensa.

Instituto de Justicia Constitucional. (2019). *Constitución Política de la República de Guatemala con notas de jurisprudencia*. Guatemala: Centro de Impresiones Gráficas.

Legislación

Congreso de la República de Guatemala. (1973). Decreto número 17-73. *Código Penal*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (1992). Decreto número 51-92. *Código Procesal Penal*. Guatemala.

Instituto de Justicia Constitucional. (2019). *Constitución Política de la República de Guatemala Comentada*. Guatemala: Centro de Impresiones Gráficas.

Congreso de la República de Guatemala. (2010). Decreto número 18-2010. *Reformas al Código Procesal Penal*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (2011). Decreto número 7-2011. *Reformas al Código Procesal Penal*. Guatemala.

Corte Suprema de Justicia de Guatemala. (2011). Acuerdo número 29-2011. *Clasificación de delitos y competencia de conformidad a la reforma procesal penal contenida en el Decreto 7-2011 del Congreso de la República*. Guatemala.

Pérez Porto, Julián y Merino, María Merino. (2010). Actualizado: 2010. Recuperado: Página. <https://definicion.de/querella/>



Pena anticipada

Dra. Gloria Edith Ochoa Zetino

De acuerdo a los registros de la Coordinación Nacional de Enfoque de Género del Instituto de la Defensa Pública Penal, a Ana se le notificó fecha de inicio de debate dos meses antes de cumplir la pena mínima del delito de asociación ilícita, es decir seis años... para cuando se realizara el inicio del debate pasarían seis años dos meses en prisión preventiva... al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013) indica que “la pena anticipada existe cuando se priva de libertad durante un período excesivamente prolongado y, por lo tanto, desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena” (Gusis, 2018, s. p).

Un informe presentado por el Centro de Investigaciones Nacionales conocido por sus siglas CIEN publicado en el año 2018, revela que “la cantidad de personas en prisión preventiva ha crecido a un ritmo superior a lo que ha crecido la población reclusa total: entre 2008 y 2018, la población reclusa total creció 190% (de 8,400 a 24,400); las personas en prisión preventiva aumentaron 300% (de 2,900 a 11,600) y las personas cumpliendo condena 125% (de 5,700 a 12,800)” (Debik Corinne y Menchú Walter, 2018, p. 6) Lo anterior lleva a inferir que lejos quedaron los fines

legítimos de la prisión preventiva, el prevenir la fuga del procesado o que este interfiera con el desarrollo apropiado del proceso.

La realidad es otra: la inocuización inmediata del procesado mediante la prisión preventiva, a partir de la valoración de causales con un incuestionable contenido punitivo, lo que implica que no solamente desnaturaliza el carácter precautorio-procesal de tales medidas, sino que implica el flagelo directo de los estándares interamericanos de protección de los derechos fundamentales relativos a las personas procesadas en una causa penal.

Es inaceptable el perjuicio que recae en aquellas personas que se encuentran sometidas a un proceso penal, protegidas constitucionalmente por el principio de presunción de inocencia hasta la firmeza de una sentencia condenatoria. Señala el maestro Zaffaroni (2013) que la prisión preventiva es la pena más común en toda nuestra región. El abuso es tan sistemático y corriente que la expresión inversión del sistema penal - con la que se caracterizó al fenómeno - ha perdido todo sentido: no se trata de un sistema penal que funciona en forma invertida, sino que el adelantamiento de la pena a la sentencia es su forma propia de operación. No hay un sistema invertido, sino que el sistema penal latinoamericano impone y ejecuta la pena antes de la sentencia. Desde otra perspectiva es evidente que al perderse la prisión preventiva en la pena no queda más que el encierro de la persona. ¿Quién puede decir qué es el encierro? El maestro Zaffaroni (2013) cuestiona: “¿Cuándo la prisión preventiva se fusiona en la pena cae en un vacío legal?” Si nos limitamos a definirlo

por su dimensión temporal en términos aritméticos, ¿no estamos haciendo un juego meramente tautológico? Y la llamada resocialización, ¿dónde quedó?

Según el maestro Claus Roxin (2000), la prisión preventiva en el proceso penal es “la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena”. Para Cafferata Nores (1988) la prisión preventiva es: “El fundamento del encarcelamiento preventivo, es la necesidad de asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, y que aquel rigor máximo deja de justificarse cuando estos objetivos pueden ser cautelados con medidas menos severas, surge la idea de evitarlo antes de que ocurra, o hacerlo cesar cuando ya se haya producido, siempre que en ambas hipótesis la privación de libertad no sea necesaria” (p. 35). Para el Dr. José García Falconí (2002), la prisión preventiva es entendida como “una medida de carácter cautelar personal, que se aplica con el fin de garantizar la investigación de la comisión de un delito y el mantener la inmediatez del imputado con el proceso, pero debiéndose tener en cuenta que son personas que gozan de la presunción de inocencia” (p.88).

Lo anterior ha pasado inadvertido para el legislador, al pasar una vista a los registros del Congreso de la República de Guatemala encontramos el decreto legislativo 17-2009, Ley de Fortalecimiento de la Persecución Penal, que en su artículo 27 pretendía que “los jueces enviaran a los acusados a prisión preventiva, sin excepción, si el delito que se les imputaba tenía una pena inmutable”.

Una medida que lesionaba directamente la presunción de inocencia y que fue declarada inconstitucional por la Corte de Constitucionalidad en el expediente 1994-2009. En el año 2008 el Congreso aprobó el decreto 22-2008, Ley Contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, que establecía que todos los acusados por delito de femicidio no podían gozar de medida sustitutiva sino ser enviados sin excepción a prisión preventiva. En el 2013 el Congreso aprobó el decreto 6-2013, por medio del cual reformó el artículo 264 del Código Procesal Penal y se establecieron diez delitos en los cuales obligan a los jueces a enviar a los acusados a prisión preventiva. En los denominados delitos no excarcelables, una vez corroborada la imputación la medida de coerción resulta ineludible. Los delitos de narcotráfico, asesinato, parricidio, entre otros, se fundan en la naturaleza de la gravedad del daño del bien jurídico tutelado y en las consecuencias sociales negativas de este tipo de delitos. Siendo este un factor que contribuye a la anticipación de la pena, se estima que la privación legal por norma corresponde a una sentencia sin que se hubiera demostrado la culpabilidad, toda vez que estas personas no podrán recobrar su libertad provisional por mandato legal, sino únicamente hasta que sea declarado absuelto o bien cuando cumpla la ejecución de la pena. De esta manera se llegan a fusionar la prisión provisional con la pena una vez más. El maestro Bovino (2007) (Luigi Ferrajoli y otros 1995) hace referencia que se cumple el vaticinio del maestro Giudici, quien sostenía que “solo en los tiempos de la tiranía bastó la acusación para encarcelar a un ciudadano”. Naturalmente esto dio lugar a que aumentara notablemente el número de personas en prisión preventiva.

En el Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas del 2013 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se afirma: “Desde hace más de una década la Comisión (...) ha considerado que la aplicación arbitraria e ilegal de la prisión preventiva es un problema crónico en muchos países de la región” (p. 1). Y citando su Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (2011), la CIDH señaló “entre los problemas más graves y extendidos en la región, el uso excesivo de la prisión preventiva; y destacó que esta disfuncionalidad del sistema de justicia penal es a su vez la causa de otros problemas como el hacinamiento y la falta de separación entre procesados y condenados”. No se tiene la menor duda que aplicar la prisión preventiva ha sido la regla, los estándares sustantivos, temporales y formales de la prisión preventiva sustentados por el discurso teórico y normados en diferentes códigos procesales, como: a) la verificación del mérito sustantivo; b) el principio de excepcionalidad; c) el principio de proporcionalidad; d) el principio cautelar; e) el plazo razonable; y f) la temporabilidad de la prisión, no cumple su cometido de constituirse en un bloqueo a la prisión anticipada.

El Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de Naciones Unidas (1988), indica que “el juez (...) debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón”. El medio de control idóneo para evitar capturas arbitrarias e ilegales es la revisión judicial sin demoras. En ese sentido, la Coordinación de Género del Instituto de la Defensa Pública Penal diariamente está solicitando la

revisión de la medida de coerción en los procesos que conoce con el fin de comprobar constantemente la observancia de los estándares citados anteriormente. La experiencia denota que en el examen judicial de la revisión de la medida cautelar no se analizan los peligros procesales fácticos, la tendencia es sustituirlos por la descripción legal: el peligro de fuga y el peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad (Congreso de la República de Guatemala, 1992); respecto a los sustitutivos penales que se basan en los fundados y graves elementos de convicción de los llamados peligros procesales, el primero prognosis de pena para que los sustitutivos penales no operen. El peligro de fuga tiene por objeto autorizar la aplicación de la prisión preventiva, para así asegurar la presencia del sindicado en el proceso penal. En el escenario forense, la presunción *iuris tantum* se invierte a la procesada quien debe probar la inexistencia del peligro procesal, lo cual plantea un problema adicional.

La inversión de la carga probatoria con relación a los peligros procesales, el arraigo, por ejemplo, según la RAE significa el hecho de echar raíces, como la vinculación a un lugar determinado, ya sea con personas e incluso cosas. Así, podemos válidamente interpretar que la posesión de bienes también genera arraigo, es un punto a favor el tener un bien inmueble, lo cual no suele suceder, la mayoría de las mujeres carecen de bienes inmuebles. Lo que denota la existencia de una vinculación directa entre la aplicación de la prisión preventiva y el nivel de pobreza: a mayor pobreza, mayor posibilidad de que se aplique prisión preventiva. Estos indicios se suelen vincular de acuerdo a la propiedad o posesión del bien inmueble, tipo de vivienda y de trabajo y la cantidad de bienes que pueda poseer la procesada.

Es evidente que se perjudica la administración de justicia el sostener argumentos discriminadores acerca de la prisión preventiva y se prive de libertad por ser pobre. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013) se ha pronunciado en razón que "... la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado pueda evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia". Este criterio cambia en delitos contra la administración pública por corrupción y donde el perfil del imputado es distinto, con lo que la cantidad de prisiones preventivas es reducida. Y ello a pesar de que, en este tipo de delitos, por la calidad del imputado, funcionario público o persona que ejerce profunda influencia en organismos del Estado, existe un mayor riesgo de afectar las pruebas o ejercer presiones a los testigos y, así, alterar el normal desarrollo del proceso.

En el escenario forense también existe el problema de que no se cumple con el estándar probatorio que verifica adecuadamente el mérito sustantivo a la hora de resolver sobre la medida de coerción en los casos concretos. A diario vemos como el estatus de inocencia no es un concepto concebido para la prensa: la necesidad de generar noticia o informar de la manera más efectista posible conlleva a conclusiones como: "lo mató", en estos casos no existen los condicionantes ni la posibilidad de que haya sido declarado inocente en el proceso, luego de la situación de "mediatización" de la justicia: sesgan al juzgador; la prisión preventiva irremediamente la decreta aunque tenga la convicción de que no hay presupuestos procesales que impidan la libertad provisional. En ese sentido, la pena anticipada se

convierte en almacenamiento de seres humanos ante el caos judicial que conculca el derecho humano a la libertad, a la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva al perder la prisión preventiva la naturaleza jurídica con que fue creada.

La Corte de Constitucionalidad en recurrentes fallos se ha pronunciado en el sentido de las pautas a tener en cuenta para encarcelar a un ciudadano previo al dictado de la sentencia condenatoria, se fundan en el mismo punto de partida, autorizando a los jueces a dictar la más grave medida de coerción personal: la prisión preventiva, si se constatan objetivamente esos peligros. La Corte Interamericana (2013) ha sostenido en el caso Bayarri vs. Argentina que “las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva”. El informe de la CIDH 86/09 del 6 de agosto de 2009 expresó claramente que “se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva... y se viola, así, el principio de inocencia”.

Otro aspecto a considerar en los procesos que endilgan a las defendidas por abogados públicos en la vulneración de garantías de la libertad provisional radica en el período de tiempo que transcurre en nuestro sistema entre la detención y la remisión a juicio, en algunos procesos

hasta cinco años, en los registros de la Coordinación Nacional de Enfoque de Género obra el proceso penal que se sigue en contra de Luz Verali en la causa número 1069-2016-112 del Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal del Departamento de Guatemala, en el que la procesada lleva un año cuatro meses en espera de que se realice la audiencia intermedia que permita el avance del proceso. La causa número 1069-2012-557 del Juzgado Décimo de Primera Instancia Penal registra 14 reprogramaciones de audiencia intermedia, proceso en el que Olga es sindicada del delito de falsedad ideológica, y Verónica en la causa penal número 1069-2015-147 lleva 27 meses a la espera que inicie la fase de juicio.

En este sentido, el informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas (2013) hace referencia que “a nivel técnico otros actores calificados como ILANUD (Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente) han considerado que “un caso de especial gravedad dentro del panorama [regional] del aumento de las poblaciones penitenciarias es el de los presos y presas sin condena”, y que por tanto, “la región deberá continuar sus esfuerzos para mantener niveles más prudentes de presos y presas a la espera de sentencia”. A este respecto, el Informe de la Reunión de Expertos de Alto Nivel sobre Revisión de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas (2011), celebrada en Santo Domingo, dio cuenta de algunas de las causas comunes que a nivel regional tienen incidencia en los altos índices de personas en prisión preventiva, como lo son: “el retardo en el trámite de los procesos penales, la influencia de la opinión

pública, y la tendencia de los fiscales y jueces a que se ordenen mandatos de detención para aquellas personas cuyo proceso está en trámite, en vez de recurrir a otras medidas”; cabe agregar, que el informe revela muy acertadamente como en estos casos se llega a la inversión del principio de culpabilidad, al indicar que el mantener a una persona bajo el régimen de detención preventiva por un período prolongado, puede crear una situación de hecho en la que los jueces sean mucho más propensos a dictar sentencias condenatorias para, en cierta forma, avalar su decisión de haber encarcelado ya al acusado durante el juicio. Así, una eventual sentencia absolutoria sería un reconocimiento de que se privó de libertad por mucho tiempo a un inocente. Desde esa perspectiva, la prolongada detención sin juicio de una persona constituye, en cierta forma, una presunción de culpabilidad.

El proceso penal seguido en contra de Leydi es otro ejemplo de cómo opera la pena anticipada, ella se encuentra sujeta al proceso penal 1069-2017-275 del Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal del Departamento de Guatemala, desde el año dos mil dieciocho está pendiente de rendir su primera declaración, su audiencia se ha reprogramado 3 veces y lleva 22 meses a la espera de que se realice, en este caso al no estar ligada a proceso el tiempo transcurre sin que cuente a su favor. En otros procesos penales se ha notado que las detenciones no cuentan con el cumplimiento de las exigencias de los indicios racionales requeridos legalmente, lo que deriva en que se detiene para investigar, y no se investiga para detener, el mérito sustantivo únicamente es citado sin que exista constatación fáctica que lo fundamente. En otros casos, cuando existe investigación

preliminar se liga a proceso a la procesada y se fija plazo nuevamente para la investigación, es decir, se utiliza la detención preventiva para salvar las negligencias estatales en la investigación. Y como si no fuera suficiente, vencido el plazo de investigación, en audiencia unilateral el fiscal solicita prórroga de la prisión promoviendo con ello que las procesadas guarden prisión preventiva hasta cinco años o más.

Sin olvidar otro factor que llama la atención respecto a este tema, es el presupuesto de los indicios razonables que pueden vincularse como otra modalidad de la presunción de culpabilidad ya citada anteriormente, el problema que se genera consiste en que el mérito sustantivo opere realmente como un presupuesto, y, al mismo tiempo, no sea utilizado arbitrariamente como fundamento del encarcelamiento por culpabilidad. Lo que se pretende decir con esto es que la decisión de privar de la libertad a un inocente debe derivar de la existencia de un supuesto peligro procesal, y no de la verificación de la sospecha sustantiva sobre su eventual responsabilidad en la comisión de un hecho punible. Es difícil no reconocer que cuando se verifica la posible comisión de un hecho punible de mediana o alta gravedad por parte de un imputado, ese solo hecho opera como fundamento “legítimo” de la restricción de su derecho a la libertad. Y en estos casos, al inicio del procedimiento no opera el principio de proporcionalidad ni el plazo razonable de detención para obtener la libertad.

El criterio de proporcionalidad obliga a analizar el objetivo que se persigue con la aplicación de esta medida restrictiva del derecho a la

libertad personal, en tanto compensa los sacrificios que la misma comporta para los titulares del derecho y la sociedad. Esto significa que no debe autorizarse el encarcelamiento preventivo en supuestos en los que la pena prevista para el delito imputado no sea privativa de la libertad, tampoco cuando las circunstancias del caso permitan, en abstracto, suspender la ejecución de una eventual condena y que aquella debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. En palabras de la Corte Interamericana: “El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción” (2013, p. 66).

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos el sustento de su abordaje radica también en tres principios: 1) El principio del trato humano, “según el cual, toda persona privada de libertad será tratada con respeto irrestricto de su dignidad inherente y sus derechos fundamentales”; 2) El principio de la posición de garante del Estado, “según el cual, el Estado al privar de libertad a una persona asume una posición de garante de sus derechos fundamentales, en particular de sus derechos a la vida y a la integridad personal”; y 3) El principio de la compatibilidad entre el respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y el cumplimiento de los fines de la seguridad ciudadana (2013, p. 5).

El respeto al estatus de inocencia exige que la resolución de prisión preventiva sea clara y motivada, observando los requisitos válidos que

dan vía libre a la prisión. Se conculca el principio de inocencia cuando la medida de coerción que se dicta es inmotivada; o bien, hay convicción por la gravedad del delito o por el tipo de delito, la pena eventual a imponer, o la inexistencia de indicios razonables o por ser determinada persona, tales supuestos, se está “aplicando una pena anticipada, previa a la conclusión del proceso mismo. Entre otras razones porque detención preventiva, en tanto privación de libertad, no se diferencia en nada a la privación de libertad como punibilidad desde la perspectiva de los hechos” (Informe CIDH 2013, p. 5). El criterio de la Corte Interamericana con relación a la presunción de inocencia se encuentra expresamente reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 11.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.2), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXVI) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.2.). Para la CIDH (2013) el sustento de su abordaje radica también en dos principios: 1. El principio del trato humano, “según el cual, toda persona privada de libertad será tratada con respeto irrestricto de su dignidad inherente y sus derechos fundamentales”; y 2. El principio de la posición de garante del Estado, “según el cual, el Estado al privar de libertad a una persona asume una posición de garante de sus derechos fundamentales, en particular de sus derechos (p. 5).

La revisión de la medida de coerción contenida en el artículo 277 del CPP blindada el estatus de inocencia y el carácter excepcional de la prisión preventiva. Se refiere al ejercicio procesal de revisar periódicamente las circunstancias primitivas que motivaron la prisión provisional, puede

ser a instancia de parte o de oficio. Este ejercicio de revisión posterior se basa en que generalmente el riesgo procesal puede reducirse con el paso del tiempo o los motivos que originaron la prisión preventiva se desvanecieron, en otras palabras, el riesgo procesal tiende a ser revisable por la tendencia a desaparecer o disminuir por el transcurso del tiempo. Artículo 264 del Código Procesal Penal hace énfasis en que sí existe la posibilidad de usar una medida menos grave, esta debe priorizarse ante la prisión preventiva. Se enumeran varias medidas alternas como el arresto domiciliario, presentación periódica ante el tribunal, arraigo, prohibición de comunicarse con ciertas personas, caución económica, entre otros; el criterio judicial consiste en aplicar la caución económica aun sabiendo que son personas de escasos recursos económicos, criterio que torna el sustitutivo penal de imposible cumplimiento, arribándose de esta manera al fenómeno de las medidas sustitutivas no efectivas.

El Relator sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad, Comisionado James Cavallaro (2015), indica que el uso excesivo de la prisión preventiva constituye un problema estructural inaceptable en una sociedad democrática que respeta el derecho de toda persona a la presunción de inocencia y representa una práctica contraria a la esencia misma del estado de derecho, y a los valores que inspiran a una sociedad democrática el principio de dignidad de la persona humana y en los derechos fundamentales que le son inherentes, entre los cuales se destacan el derecho al debido proceso y a la presunción de inocencia que tiene como correlato la garantía de libertad personal durante la sustanciación del procedimiento penal.

Como es sabido, los perjuicios personales que provoca la prisión preventiva, más allá del sufrimiento del propio procesado, influye en el de familiares, como, por ejemplo, la pérdida del vínculo con hijos menores y padres, el sometimiento a la prisión preventiva que hace ratos que dejó de ser excepcional y se ha convertido en desproporcionada, afecta aproximadamente al 65% de personas privadas de libertad en situación preventiva en la actualidad. Un instrumento importante en materia de la privación de la libertad en los estándares internacionales, son las Reglas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de Libertad para Mujeres Delincuentes, conocidas como Reglas de Bangkok, aprobadas en la Asamblea General de la ONU en diciembre de 2010. Sus 70 reglas están divididas en cuatro partes, siendo la tercera la que se dedica al abordaje de las medidas no privativas de libertad. Se indica que “las disposiciones de las Reglas de Tokio servirán de orientación para la elaboración y puesta en práctica de respuestas apropiadas ante la delincuencia femenina” (Regla 57); lo cual significa la aplicación de los criterios de la Reglas de Tokio a un fenómeno delincencial específico. La herramienta parte de la premisa de que varones y mujeres no deben recibir un “trato igual”, es decir, se aplica el principio de discriminación positiva, donde debe asegurarse un trato diferente bajo leyes y políticas sensibles al género de las personas.

Es una guía para implementar alternativas a la prisión, sensibles al género, dirigidas tanto para mujeres procesadas como condenadas. Parte del reconocimiento de que la prisión es poco efectiva y que dificulta la reintegración social y la posibilidad de desarrollar una vida productiva y dentro de la ley. El instrumento en la misma Regla 57 indica que “en

el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, se deberán elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas”. En esta línea argumentativa la Regla 58 precisa que “cuando proceda y sea posible, se utilizarán mecanismos opcionales en el caso de las mujeres que cometan delitos, como las medidas alternativas y otras que sustituyan a la prisión preventiva y la condena”. En este aspecto se es explícito en invitar a los Estados Miembros, que “en general, se utilizarán medios de protección que no supongan privación de la libertad, como albergues administrados por órganos independientes, organizaciones no gubernamentales u otros servicios comunitarios, para brindar protección a las mujeres que la requieran” (Regla 59).

Es importante tener en cuenta estos principios, para analizar la crisis judicial que existe. En el Primer Informe del Observatorio Judicial del Sistema de Justicia Penal de Guatemala (2018) se señala que, “en una observación realizada durante una semana de junio de 2017 en los juzgados de primera instancia de la ciudad capital, se suspendieron el 32% de las 56 audiencias programadas, siendo más alto el porcentaje para el caso de audiencias intermedias (51%). Del 100% de las audiencias suspendidas, el 20% fue por incomparecencia del sindicado, 15% porque la audiencia anterior duró más de lo programado (gestión judicial)”;

estos datos coinciden con los registros del Instituto de la Defensa Pública Penal (2020), por ejemplo, el proceso penal que se sigue a Rebeca en la causa penal 1069-2016-134 registra 18 reprogramaciones, por diversas

causas del Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal del departamento de Guatemala; a Ángela le han reprogramado 20 veces su audiencia intermedia en la causa 1070-2016-308 en el Juzgado Décimo de Primera Instancia Penal del departamento de Guatemala. El Juzgado Tercero de Primera Instancia Penal ha reprogramado 21 veces el proceso penal 1081-2018-236 (s.f.) seguido en contra de María Leticia.

El Observatorio Judicial del Sistema de Justicia Penal de Guatemala (2018) calcula que “el proceso penal en sus primeras etapas dura 918 días (dos años y medio)”. Del monitoreo realizado se identificaron tres causas: 1) Desde la primera declaración hasta la audiencia de etapa intermedia la ley establece un plazo de 105 días (90 desde la audiencia de primera declaración y la presentación del acto conclusivo y 15 días desde este hasta la audiencia de etapa intermedia), mientras que la duración real fue de 165 días, es decir, 60 días más. 2) El plazo entre la audiencia de ofrecimiento de prueba y la primera audiencia del juicio debe ser de 15 días, pero en la realidad es de 184 días, es decir, 169 días más. 3) Desde la primera audiencia del juicio hasta que se termina de redactar la sentencia existe un plazo legal de 25 días, sin embargo, en la realidad se toma 90 días, es decir, 65 días más. De lo que se observa, el cuello de botella más grande está entre el fin de la fase intermedia y la primera audiencia del juicio. Además, en el caso de plantear una apelación genérica, esta suele durar 91 días, cuando debería durar 3 días (arts. 411 y 491 CPP), y en el caso de una apelación especial, dura 262 días en vez de los 60 que dice la ley. En el histograma se identifican claramente cinco grupos: 1) La mayor proporción de personas en prisión preventiva (38%) ha pasado entre 61 y

240 días (más de 2 y hasta 8 meses) en esa situación. 2) El 22% ha pasado en prisión preventiva entre 241 días y hasta 390 días (más de 8 meses y hasta un año y un mes). 3) Hay un 19% que ha estado entre 391 días y hasta 630 días (más de un año y un mes hasta un año y nueve meses). 4) El grupo que más ha pasado en prisión preventiva es el 14% del total y ha estado recluso más de 630 días (más de 1 año y 9 meses). 5) Solamente el 7% de las personas en prisión preventiva pasó o ha pasado menos de 61 días en esa situación (2 meses). Esto es importante, por ejemplo, la causa penal número 1080-2016-465 se reprogramó 34 veces y la prórroga de la prisión igual.

Al respecto, la Defensoría del Debido Proceso de la Procuraduría de Derechos Humanos (2019) ante un informe que desde la Coordinación del Enfoque de Género del Instituto de la Defensa Pública Penal le fue presentado en septiembre del año 2018 sobre estos procesos, emite el memorándum DPPL-171-1109-2019 GVR/ TR PDH de fecha cuatro de septiembre del año dos mil diecinueve, con relación al uso recurrente de la prisión preventiva por parte de los órganos jurisdiccionales, a esto se suma la estadía prolongada de las personas que se encuentran en situación preventiva en los centros carcelarios. Las reformas al Código Procesal Penal, promovidas mediante el Decreto 51-2002 del Congreso de la República, permite la prórroga de los plazos cuantas veces sea necesario, siempre que el caso esté en sala de apelaciones o en la Corte Suprema de Justicia, lo que viola los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y de quienes no pueden acceder a una justicia pronta y cumplida, ya que la misma ley puede aplazar indefinidamente la prisión

preventiva hasta que finalice el proceso o hasta que se programe una nueva audiencia, la cual puede tardar varios meses, incluso varios años, debido a la infinidad de factores que ha señalado el Instituto de la Defensa Pública Penal a través de la Coordinación del Enfoque de Género; se presume que a las privadas de libertad se les ha suspendido hasta veinte audiencias en las diferentes etapas del proceso por diferentes razones.

Ante esta situación, se han presentado diversas acciones de orden procesal en defensa de las patrocinadas, como solicitudes de revisiones de medidas de coerción y de orden constitucional, desde acciones de amparo hasta exhibiciones personales, en el sentido de que el derecho de toda persona a permanecer en libertad durante el proceso, y que solamente por vía de excepción puede privarse al procesado de la libertad, da origen al denominado principio de excepcionalidad. Entendida esta como “la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de la persecución penal y que no se fugará. En el entendido que la prisión preventiva es una medida de coerción no punitiva sino de carácter preventiva” (CIDH 2013). El artículo 259 del Código Procesal Penal establece en el segundo párrafo, que “la libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar la presencia del imputado en el proceso”. *A contrario sensu*, el artículo 260 numeral 3 del mismo cuerpo legal estipula que el auto de prisión preventiva debe contener los fundamentos que motivan la medida, es decir, es obligatorio que el juez explique y argumente la medida de la prisión preventiva en caso de resultar necesaria la detención de la

procesada durante el transcurso de la causa, su posición jurídica continúa siendo la de inocente. En ese sentido, la ley procesal prevé la posibilidad de impugnar los autos que declararen la prisión y los que denieguen o restrinjan la libertad, conforme al artículo 404 del Código Procesal Penal vigente.

El artículo 261 explica que en delitos menos graves no es necesaria la prisión preventiva, a menos que existan indicios razonables de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad. Esta norma establece cuándo se puede dictar prisión preventiva. Los aspectos que debe evaluar el juez en estos casos se establecen en los artículos 262 y 263 del Código Procesal Penal, la gravedad de no aplicar la excepcionalidad en la prisión preventiva es que la torna demasiado prolongada, por requerir solo de datos para decretarse y por ser tan difícil de revocar se convierte en una pena anticipada.

Los fines de prevención general y especial de la pena se trasladan al encarcelamiento preventivo, vulnerando el principio de inocencia. La situación se agrava si tomamos en cuenta que quien se encuentra recluso por haber sido encontrado responsable en una sentencia, tiene más derechos que quien se encuentra recluso por prisión preventiva, pues aquel puede obtener su libertad por diversas instituciones jurídicas, como son: la libertad condicionada, la libertad anticipada, la sustitución y suspensión temporal de las penas y la preliberación (sic) por criterios de política penitenciaria, derechos que no le asisten al presunto inocente que apenas está siendo juzgado (Salcedo Flores, 1998, p. 3).

Ante la evidente crisis carcelaria y la constante evolución tecnológica, fue necesario fortalecer los mecanismos distintos a la prisión, mediante la reforma y modernización de la ley penal, a través de la implementación del control telemático como herramienta estratégica para asegurar la presencia del imputado y evitar la obstaculización de la averiguación de la verdad en las personas sujetas a proceso penal, ubicar a las personas que se encuentran cumpliendo una pena a través de su libertad anticipada, o bien para proteger la integridad de las víctimas de violencia contra la mujer, logrando con ello el fortalecimiento del sistema penitenciario y la modernización del sector justicia en la República de Guatemala. (Quinto, Ricardo; El Periódico, 2018, s.p.)

El Congreso de la República de Guatemala aprobó el decreto 49-2016 que establece la implementación del “brazalete” como medida de sustitución a la prisión preventiva, de acuerdo al principio de afectación mínima que se refiere a que todas las personas reclusas conservarán sus derechos en la normativa nacional aplicando medidas que no contengan más restricciones que las necesarias para conservar el orden y la seguridad. A la fecha no se ha implementado por la falta de una normativa y reglamentación para poder desarrollar aspectos operativos, financieros. A esto se suma, según un dictamen técnico del Ministerio de Gobernación (2018) que no hay estudios de factibilidad técnica para implementar la medida y, además, se trabaja en un reglamento que facilite la estructura financiera.

En conclusión, como indica el maestro Ferrajoli (1995) es claro que el automatismo producto de la obligatoriedad resuelve *ex lege* el problema de los criterios y, por ello, de la función de la prisión preventiva, puesto que implica una presunción legal absoluta de peligrosidad, poco importa si es de tipo procesal... o penal... Y sobre todo es claro que tal presunción absoluta de peligrosidad—al derivarse (no de la prueba, sino) de “suficientes indicios de culpabilidad”, es decir, del mismo tipo de indicios requeridos para formular la imputación— equivale por completo a una presunción de culpabilidad del imputado. De esa manera se pierden los institutos penales de la privación de libertad con la pena, resultado de la fusión de ambos tenemos el fenómeno de la pena anticipada.

Referencias bibliográficas

Bovino, A. (2007). *Aporías. Sombras y ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo*, Foro. Revista de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, Ecuador.

Debick, C. y Menchú, W. (2018). *La Prisión Preventiva en Guatemala, Proyecto de Lineamientos de Política Económica, Social y de Seguridad 2011-2021*. CIEN. <https://cien.org.gt/wp-content/uploads/2018/12/Estudio-Prisio%CC%81n-Preventiva-Versio%CC%81n-Final.pdf>.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.

García Falconí, José. (2002). *La prisión preventiva en el nuevo código de procedimiento penal y las otras medidas cautelares*. Quito: Ediciones Rodin.

Gusis, G. (2013). *Artículos sobre la prisión preventiva en Argentina: su aplicación como pena anticipada y las implicancias en el ámbito penitenciario*. <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/pdf/gabrielagusis.pdf>

Salcedo Flores, A. (1998). *La prisión preventiva, ¿condena anticipada?* <http://kali.azc.uam.mx/alegatos/pdfs/91/98-02.pdf>

Zaffaroni, R. y otros. (2013). *La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena*. <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/transferecia-cuadernillo-eugenio-raul-zaffaroni.pdf>

Leyes

Asamblea Nacional Constituyente. (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (1992). Decreto 51-92. *Código Procesal Penal*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (2016). Decreto 49-2016. *Ley de Implementación del Control Telemático en el Proceso Penal*. Guatemala.

Instrumentos internacionales

Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José, Costa Rica.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1990). *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)*.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2010). *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)*.

Informes

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*.

Centro de Investigaciones Económicas Nacionales. (2018). *Seguridad 2011-2021*. Guatemala.

Procuraduría de Derechos Humanos. (2019). *Defensoría del Debido Proceso*. Guatemala.

Páginas electrónicas

<http://www.derechoecuador.com/la-prision-preventiva-en-el-coip>

https://www.congreso.gob.gt/consulta_legislativa

[http://forseti.pe/periodico/articulos/se-puede-evitar-el-uso-y-abuso-de-la-prision-preventiva/Corte de Constitucionalidad](http://forseti.pe/periodico/articulos/se-puede-evitar-el-uso-y-abuso-de-la-prision-preventiva/Corte%20de%20Constitucionalidad)

<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>

<https://xdoc.es/las-medidas-coercitivas-personales-y-reales-en-la-jurisprudencia-2009-2010pdf-pdf-free.html> -Quinto, Ricardo; 13 de mayo de 2018, El Periódico, s.p.-

<https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/download/338/337>

<https://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/actividades.asp>

https://www.academia.edu/37930446/La_Prisi%C3%B3n_Preventiva_en_Guatemala

https://www.academia.edu/37930446/La_Prisi%C3%B3n_Preventiva_en_Guatemala

<https://elperiodico.com.gt/nacion/2018/05/13/gobernacion-ala-espera-de-ofertas-para-implementar-control-telematico/>

<https://www.scribd.com/document/381927444/Dictamen>

Procesos penales

Causa penal 1074-2015-115

Causa penal 1077-2016-388

Causa penal 1081-1016-465



Aplicación del principio de control de convencionalidad en la primera declaración del imputado en el proceso penal guatemalteco

M.A. Fidencia Orozco García de Licardi

Al realizar el análisis de la aplicación del control de convencionalidad en la primera declaración del imputado en el proceso procesal penal guatemalteco, es necesario aplicar en forma conjunta y complementaria el bloque constitucional, que se refiere a las normas y principios que, aunque no forman parte del texto formal de la Constitución Política de la República de Guatemala, han sido integradas por otras vías a la Constitución y que sirven de medidas de control de constitucionalidad de las leyes. El bloque constitucional sirve de herramienta para la recepción del derecho internacional, garantizando con ello los compromisos adquiridos por el Estado de Guatemala para proteger los derechos humanos de los ciudadanos guatemaltecos.

Por medio de los artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad, como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona humana, incluyendo todas aquellas facultades que, aunque

no figuren en su contenido, responden al concepto de dignidad humana, porque al analizar un caso concreto, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos sirven de parámetros para ejercer el control constitucional en el derecho interno y es por vía del artículo 46 constitucional que se advierte su inclusión.

Por lo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siendo normativa internacional, está incluida en el derecho interno por el carácter de *ius cogens*, que asume la categoría de compromiso internacional adquirido por el Estado de Guatemala, tal y como lo establece el artículo 149 constitucional. El preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) establece que el propósito de la convención es consolidar un régimen de libertad personal y de justicia social, su base está fundada en el respeto de los derechos esenciales del hombre, reconociendo que estos derechos esenciales no nacen del hecho de ser nacional de algún Estado, sino tienen como fundamento los atributos de la persona humana y su dignidad, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante al derecho interno de los Estados Americanos.

Estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, instrumentos que han sido desarrollados en otros instrumentos internacionales, cuyo fin primordial es la realización del ser humano libre, si se crean las condiciones que permitan a la persona gozar de todos sus derechos.

Es por ello que Guatemala, comprometida en la protección de los derechos humanos de sus ciudadanos, ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 25 de mayo de 1978 y acepta la competencia contenciosa de la Corte el 9 de marzo de 1987; convirtiéndola en un Estado parte con la obligación de aplicar el contenido de dicha convención, sus protocolos y demás normativa internacional en derechos humanos. La Corte de Constitucionalidad a través del expediente número 3340-2013 y su sentencia de fecha 18 de diciembre de 2014, establece la obligatoriedad de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los siguientes términos:

Por lo anterior se advierte que el bloque de constitucionalidad -normas y principios internacionales de Derechos humanos y humanitario- forman parte integral de la Constitución Política de la República de Guatemala, al tenor de ello, es de obligada observancia. Además, en atención a lo preceptuado en la Convención Americana sobre Derechos y por estar sometidos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta obligatoria la observancia de las sentencias emitidas por esa Corte, aunque en estas no figure el Estado de Guatemala como parte, ya que en ella se establece la forma de interpretar el contenido de las normas de la Convención y su alcance [...] En congruencia a lo anterior, el Estado de Guatemala debe aplicar las normas relativas al derecho internacional por ser de observancia general para todos los Estados en atención al “ius cogens” y

atendiendo a las normas y principios que forman parte del bloque de constitucionalidad, las que como tal asumen la categoría de compromisos internacionales adquiridos por el Estado de Guatemala, de conformidad con el artículo 149 constitucional.

El bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad son instrumentos compatibles que deben aplicarse en forma conjunta y complementaria; el bloque de constitucionalidad es un mecanismo para ejercer a nivel interno el control de convencionalidad en congruencia con el carácter complementario y subsidiario del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el control de convencionalidad se entiende como “la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de los Derechos Humanos y su jurisprudencia” (Nash Rojas, 2013, pág. 490); y ambas herramientas son instrumentos útiles para garantizar la observancia, respeto y garantía de los derechos humanos.

I. ¿Cuándo surge el concepto de control de convencionalidad?

Este concepto surge dentro de la sentencia emitida en el caso Myrna Mack Chang versus Guatemala, de fecha 25 de noviembre de 2003, con el voto razonado del juez mexicano de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Sergio García Ramírez, cuando refiere: “(...) No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o

a alguno de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio sin que esta representación repercuta sobre el Estado en su conjunto y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional...” (García, 2013, p. 71)

Con esta resolución, la Corte IDH deja claro que el control de convencionalidad abarca una responsabilidad estatal que repercute en todos los órganos del Estado, como una obligación no seccionada sino general. Entendiéndose que dicha aplicación de control convencional incumbe a todos los sectores estatales, es decir a los tres organismos del Estado de Guatemala y, además, entidades autónomas y descentralizadas.

Se observa que este concepto es utilizado nuevamente por el juez García Ramírez en el caso Tibi versus Ecuador, sentencia del 7 de septiembre de 2004, cuando en su voto concurrente razonado indica: “En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados - disposiciones de alcance general - a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar

la actividad del poder público –y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía”.

En Guatemala, los órganos jurisdiccionales no le han tomado la importancia debida a la aplicación obligatoria del control de convencionalidad en los procesos sometidos a su conocimiento y han tomado de manera irresponsable esta obligación estatal de pasar por alto las violaciones al debido proceso y al derecho de defensa. Tal es el caso que Guatemala a la presente fecha tiene un promedio de 33 sentencias condenatorias, en donde la Corte, al aplicar el control de convencionalidad, ha determinado que los órganos jurisdiccionales guatemaltecos y otros actores han cometido una serie de violaciones a los derechos humanos de los ciudadanos guatemaltecos.

II. ¿Por qué los órganos jurisdiccionales guatemaltecos están obligados a aplicar el control de convencionalidad?

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado con relación al control de convencionalidad, que deben ejercer oficiosamente los jueces en los fallos que dictan, de conformidad con el párrafo 124 de la sentencia del 26 de septiembre de 2006, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, en la cual se describe el objeto de aplicar este control y su fundamento jurisprudencial obligatorio para velar por su cumplimiento.

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

Es evidente que los órganos jurisdiccionales guatemaltecos están sometidos a la estricta observancia del control de convencionalidad, no eximiendo de esta obligación a las demás partes procesales, Ministerio Público, querellante adhesivo, Procuraduría General de la Nación y otros; pero esta obligación también le asiste a los defensores públicos que velan por los derechos humanos de sus patrocinados, ya que son ellos los pioneros en custodiar el debido proceso y la protección de los derechos humanos en cada caso concreto; son los defensores públicos como agentes de cambio los obligados a hacer valer este control en todas las etapas del proceso penal, desde que se inicia una investigación hasta llegar a la etapa de ejecución.

Es necesario que el defensor público en su argumentación tome en cuenta el tratado o convención, pero, principalmente debe tomar en cuenta la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos y así debe ilustrar esta interpretación para dar a entender su correcta aplicación al caso concreto, porque en la práctica tribunalicia, el juzgador en algunos casos menciona el tratado o convención, pero no hace ninguna interpretación específica del mismo, ni mucho menos menciona ninguna relación al caso concreto, sino llena únicamente el requisito de identificar el tratado o la opinión consultiva, no siendo este procedimiento una correcta aplicación de la técnica jurídica en el proceso penal guatemalteco, y es el defensor público quien, a través de su experiencia tribunalicia, comparte en su argumentación y fundamentación las nuevas tendencias de la forma correcta de interpretación y aplicación del bloque constitucional y del principio de control de convencionalidad en forma complementaria, ejerciendo una defensa basada en normativa nacional e internacional.

III. ¿La dignidad humana es superior al poder del Estado?

Es importante resaltar que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de un Estado determinado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, es por ello que cuando un Estado ratifica la convención se obliga a respetar los derechos y libertades de los ciudadanos, garantizando su libre y pleno ejercicio y no violentarlos de ninguna manera, organizando su estructura y todo el aparato gubernamental para dar cumplimiento a esta obligación, de tal manera que el Estado sea capaz de asegurar el libre y pleno ejercicio de

los derechos humanos. Es por ello que el poder estatal nunca será superior a la dignidad humana. Así lo establece la siguiente sentencia:

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

“165. La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo [1.1CADH], es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la convención. El ejercicio de su función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado [...]”

“166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos [...]”

El trabajo del defensor público desde que le es asignado un expediente, radica en hacer valer los derechos humanos de sus representados y protestarlos en el momento procesal oportuno y de ninguna manera admitir que su representado cargue una responsabilidad estatal que no le corresponde, ejemplo de ello es el hecho de aceptar que el órgano jurisdiccional re programe una audiencia por imposibilidad material,

cuando el mismo defensor público es testigo de que el juez no se ha presentado a sus labores, sin explicar el motivo de su ausencia o se presenta tarde y la reprogramación no indica el verdadero motivo de esa imposibilidad material. Por lo que deberá dejarse anotada la protesta en la siguiente audiencia, para ilustrar la violación al debido proceso y al plazo razonable.

Cada violación a los derechos humanos de los representados, no importando la fase, deberá quedar protestada en la audiencia próxima que se celebre, para preparar el incidente de violación al debido proceso, derecho de defensa y plazo razonable. Otros ejemplos de la obligación que tienen los órganos jurisdiccionales guatemaltecos de aplicar el control de convencionalidad son los siguientes:

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

“128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana,

evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.

La falta de aplicación del control de constitucionalidad y de convencionalidad en las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, ya sea por desconocimiento o por falta de voluntad en su aplicación, se denotan en las audiencias diarias atendidas por los defensores públicos, especialmente en las audiencias de primera declaración, las cuales son atendidas fuera del plazo constitucional y convencional.

En el siguiente caso se puede observar que no solo los órganos jurisdiccionales están obligados a aplicar el control convencional, sino también los demás órganos vinculados a la administración de justicia, es decir, acusador, defensor, querellantes, agentes de policía y demás personas vinculadas. El caso es descrito a continuación:

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

“225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por

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

El control de convencionalidad también obliga a los Estados parte a tomar en cuenta las opiniones consultivas para la protección de los derechos humanos, como parte del *corpus iuris* internacional que ha pasado a ser parte del sistema normativo interno. En la siguiente opinión consultiva se puede observar esa protección a los derechos humanos de la niñez:

Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014. Serie Año 21.

“31. [...] Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es “la protección de los derechos fundamentales

de los seres humanos. A su vez a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos, en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos”.

IV. Como aplicar el control de convencionalidad en la primera declaración del sindicado

El litigio en los diferentes órganos jurisdiccionales ha demostrado la falta de aplicación del control de convencionalidad por parte de los sujetos procesales que participan en el mismo, principalmente en las resoluciones judiciales se observa que se nominan en algunos casos las distintas convenciones internacionales, sin embargo, ninguna hace el análisis de comparación correspondiente al caso concreto, considerando que solo el hecho de mencionarlas no es el procedimiento idóneo de su aplicación; es necesario e indispensable realizar su interpretación.

Después de lo ya analizado, y siendo el objetivo primordial del presente estudio coadyuvar al trabajo del defensor público en la aplicación del control de convencionalidad y el bloque constitucional a un caso concreto, se presenta el siguiente ejemplo hipotético, el cual se refiere a un sindicado

que es aprehendido por los agentes captores por medio de una orden girada por juez competente, procesado por el delito de robo de equipo terminal móvil, quien es puesto a disposición de un juzgado de turno en la torre de tribunales de la ciudad capital, para que le hagan saber el motivo de su detención y posteriormente ejerza su derecho de ser puesto a disposición del juez natural.

El caso es el siguiente:

El señor Víctor Hugo Cardona Barrios fue aprehendido por agentes de la Policía Nacional Civil el 10 de septiembre de 2020, a las siete horas con cinco minutos, en la 10 avenida 12-42 zona 1 de la ciudad capital. Indican los captores que realizando un recorrido de seguridad ciudadana por ese sector, observaron que se encontraba bajo efectos de licor escandalizando en la vía pública, por lo que al identificarlo pidieron solvencia vía radio, medio por el cual confirmaron que tenía una orden de aprehensión de fecha 3 de febrero de 2018, por el delito de robo de equipo terminal móvil, emitida por el Juez Segundo de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del departamento de Guatemala.

Los captores lo ponen a disposición del juzgado de turno correspondiente dentro del plazo de las 6 horas constitucionales, para que le indiquen el motivo de su detención, sin embargo, el Ministerio Público indica que no cuenta con el expediente respectivo, para explicarle ampliamente el motivo de su detención, por lo que solo se le hace saber que fue por orden de juez competente que se libró su aprehensión y que según la orden es por el delito de robo de equipo terminal móvil. El juez de turno

le indica al procesado lo mismo que expuso el ente investigador y le informa que remitirá su causa al Juzgado Segundo de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Guatemala, para que rinda su primera declaración.

El juez remite al día siguiente la causa al juzgado correspondiente. El sindicado permanece en la *carceleta* del sótano de la Torre de Tribunales esperando la fecha para la audiencia de primera declaración ante el juzgado contralor. Luego el juez natural le informa que el 12 de septiembre de 2020, a las 8:00 horas, escuchará su primera declaración; pero, el día fijado para la audiencia relacionada, al momento de ser presentado al juzgado correspondiente, la audiencia es suspendida por imposibilidad material del juzgado, fijándose una nueva fecha para el día 16 de septiembre del mismo año, a las 9:00 horas. Mientras tanto, el sindicado sigue en la *carceleta* de la torre de tribunales sin poder tener acceso a los derechos mínimos de limpieza personal.

El 16 de septiembre de 2020 la audiencia de primera declaración es suspendida nuevamente, porque el fiscal presentó una excusa en virtud de tener que atender otras primeras declaraciones en distintos órganos jurisdiccionales. Se fija nueva fecha para el 20 de septiembre de 2020, a las 14:00 horas. El 20 de septiembre por fin se realiza la audiencia de primera declaración y el defensor solicita una medida sustitutiva de arresto domiciliario y hace énfasis en la protección del derecho a la salud, que por tiempos de pandemia el Estado de Guatemala está obligado a preservar en

los privados de libertad y se fundamenta en los siguientes instrumentos internacionales:

- a. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución 1-2020: “COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”. (Adoptado por la CIDH el 10 de abril de 2020).
- b. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución 4-2020: “Derechos Humanos de las Personas con COVID-19”. (Adoptado por la CIDH el 27 julio de 2020).
- c. Recomendaciones para la prevención y control de la COVID-19 en lugares de detención. Publicadas el 15-4-2020. Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

Dicha petición es denegada, en virtud de que no se presentó copia del documento personal de identificación de la persona cuyo nombre aparece en el recibo de energía eléctrica y tampoco fue presentado el contrato de arrendamiento del cuarto donde vive el sindicado; aunado al hecho que para el juzgador existe peligro de fuga y obstaculización a la averiguación de la verdad, aunque el ente investigador no haya probado los peligros procesales.

V. ¿Por qué se considera que el juzgador no aplica el control de convencionalidad en este caso?

Entendiéndose que el control de convencionalidad en el ámbito interno es desarrollado por agentes del Estado y principalmente por los operadores de justicia (jueces, fiscales y defensores), al analizar la compatibilidad de las normas internas nacionales con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los estándares interpretativos desarrollados en la jurisprudencia de la Corte se determina que se vulneran las garantías siguientes:

a. El artículo 7 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que contiene lo relacionado a la notificación de la causa de detención, indica en su parte conducente que: “Toda persona detenida deberá ser notificada inmediatamente, en forma verbal y por escrito, de la causa que motivó su detención, autoridad que la ordenó y el lugar en el que permanecerá. La misma notificación deberá hacerse por el medio más rápido a la persona que el detenido designe y la autoridad será responsable de la efectividad de la notificación”.

El artículo 7, Derecho a la Libertad Personal de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también indica: “4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella”.

Como se puede observar en la realidad procesal penal guatemalteca, en los casos atendidos en los diferentes órganos jurisdiccionales esta disposición

es totalmente vulnerada, porque ninguna persona detenida es notificada en forma verbal ni mucho menos por escrito de la causa que motivó su detención, los agentes de la policía nacional civil también están obligados a cumplir con esta disposición constitucional, sin embargo, no lo hacen; tampoco se notifica por el medio más rápido a la persona que el detenido designe, ya que en la mayoría de casos ni siquiera una llamada telefónica les permiten a los detenidos, para que ellos mismos informen a sus familiares sobre su situación. Tampoco la autoridad se hace responsable de la efectividad de la notificación. Los órganos jurisdiccionales no aplican en esta disposición el control de convencionalidad ni mucho menos el bloque constitucional, por lo tanto, faltan a su deber de garantía y a la tutela judicial efectiva, tal como lo establece el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

b. Pese a que la policía nacional civil debe notificarles a los detenidos el motivo de su aprehensión, en forma verbal y por escrito, no lo hacen, deben dar cumplimiento al artículo 8 constitucional que indica la obligación de informar a los detenidos sus derechos, siendo estos: derecho a que se les notifique en forma verbal y por escrito la causa que motivó su detención, derecho de notificar a la persona que el detenido designe los motivos de la aprehensión e informar que autoridad judicial ordenó su detención, en caso de haberse emitido una orden de aprehensión por juez competente, derecho a ser informado sobre el lugar donde permanecerá detenido (se prohíbe llevarlos a las estaciones de policía y a cualquier otro lugar que no sea la torre de tribunales), derecho a ser presentado al órgano jurisdiccional dentro del plazo de 6 horas e informar que debe presentar su

primera declaración en un plazo de 24 horas, como lo indica el artículo 9 constitucional, derecho a proveerse de un abogado defensor, el cual podrá estar presente en todas las diligencias policiales y judiciales, derecho a ser informado que solo puede declarar ante autoridad judicial competente. Estas disposiciones tampoco se cumplen.

Con relación al artículo 6 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que establece que ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y que los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de 6 horas, la realidad de Guatemala es que los agentes aprehensores ponen a disposición del juzgado correspondiente a los detenidos en ese lapso, que muchas veces no es real, ya que en la prevención policial ajustan la hora de la detención para no fallar en las 6 horas que establece la Constitución. Aunado a que el objetivo de poner a los detenidos a disposición del órgano jurisdiccional competente es precisamente para informarles de la manera más expedita posible el motivo de su detención, pero, comúnmente, solo se llena el requisito de sellar la prevención policial dentro del tiempo establecido sin cumplir con la tutela judicial efectiva de informarles cual ha sido el motivo de su aprehensión.

Esta disposición contraviene la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los siguientes artículos:

“Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal.

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

c. En el presente caso, el sindicato fue detenido el 10 de septiembre de 2020 a las 7 horas con 5 minutos, y el juez contralor fijó su primera declaración para el 12 de septiembre del mismo año. Posteriormente, esta diligencia fue suspendida dos veces más por varios motivos. Esta diligencia contraviene el artículo 9 constitucional, ya que, en observancia de la tutela judicial efectiva y el bloque constitucional el juez debió fijar su primera declaración a más tardar el día 11 de septiembre del mismo año, antes de las 7 horas con 5 minutos, para dar cumplimiento a las 24 horas constitucionalmente establecidas. Esta disposición contraviene la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los siguientes artículos:

“Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona”.

“Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella...
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

Como se puede observar en este caso, la persona permaneció ilegalmente detenida en la *carceleta* de la torre de tribunales porque no se le escuchó en el plazo constitucional de las 24 horas. Por lo tanto, hay violación al plazo razonable y al principio de presunción de inocencia.

“Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que

la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

El hecho de denegar una medida sustitutiva por no presentar copia del documento personal de identificación de la persona cuyo nombre aparece en la factura de energía eléctrica y contrato de arrendamiento del cuarto donde vive el sindicado, atenta contra el control de constitucionalidad y con lo establecido en el artículo 2 de la Carta Magna, el cual indica que el Estado debe garantizar la libertad de la persona y contraviene los estándares internacionales relacionados a la aplicación de la prisión preventiva descrita en el Informe sobre Uso de la Prisión Preventiva en las Américas 2013, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tales como presunción de inocencia, legalidad, proporcionalidad, excepcionalidad, necesidad y razonabilidad. Aunado a que, en base al principio de legalidad, los requisitos exigidos por el juzgador están fuera de la ley y de todo sentido común, ya que el juzgador presuntamente desconoce la realidad económica de Guatemala; también contraviene el artículo 7 numerales 1, 2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De lo ya descrito sobre el control de convencionalidad, destacan los siguientes puntos:

- a. La ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sujeta a los jueces, a las partes procesales, como a otros actores del

- Estado a su observancia y a ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y la Convención.
- b. Los operadores de justicia deben permanecer atentos a que la aplicación de leyes internas no sean contrarias al objeto y fin de la Convención, para evitar que Guatemala siga siendo condenada ante la Corte IDH por violación a los derechos humanos de sus habitantes, y así prevenir que sea reconocida ante la comunidad internacional como Estado violador de derechos humanos.
 - c. Las leyes contrarias a la Convención desde un inicio carecen de efectos jurídicos, por lo tanto, son inadmisibles.
 - d. El Poder Judicial debe no solo aplicar el contenido de la Convención, sino la jurisprudencia y las opiniones interpretativas que sobre la misma vierta la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
 - e. Se sugiere a los defensores públicos que como agentes de cambio, realicen la correcta aplicación y observación del bloque constitucional y del control de convencionalidad en cada caso concreto, haciendo esta argumentación como un aporte efectivo a los casos asignados en la audiencia de primera declaración, y sensibilizar a los titulares de los órganos jurisdiccionales con el fin de que cumplan su función como jueces de garantías, tanto nacionales como internacionales.

Referencias bibliográficas

García S. (2013). Jurídicas.unam.mx. Obtenido de <http://www.biblio.juridicas.unam.mx>

Nash Rojas, Claudio. (2013). Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XIX, Bogotá. [s.e.]

Referencias normativas

Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José, Costa Rica.

Asamblea Nacional Constituyente. (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (1992). Decreto 51-92. *Código Procesal Penal*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (2013). Decreto 8-2013. *Ley de Equipos Terminales Móviles*. Guatemala.

Sentencia de fecha 18 de diciembre de 2014 de la Corte de Constitucionalidad, expediente número 3340-2013.

Referencias internacionales

Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Caso Myrna Mack Chang versus Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003.

Caso Tibi versus Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004.

Caso Almonacid Arellano y otros versus Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Declaración 12020: “COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución número 1/2020, adoptada el 10 de abril de 2020: “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”.

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). (15/4/2020). Recomendaciones para la prevención y control de la COVID-19 en lugares de detención.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

Directriz provisional de ACNUDH y la OMS. (Marzo de 2020). COVID-19: Atención especial a las personas privadas de libertad.



Análisis confrontativo de la clausura provisional del proceso frente al derecho de defensa y otras garantías

Lic. Josémanuel Godínez Barrientos

El proceso penal guatemalteco establece que, luego de finalizar la etapa preparatoria, el Ministerio Público como ente encargado de la persecución penal tiene la facultad de solicitar como acto conclusivo, entre otros, la clausura provisional del procedimiento. Este acto conclusivo debe discutirse en la audiencia de etapa intermedia, en la cual el juez contralor debe resolver, con la debida fundamentación, si declara con lugar o no el requerimiento del Ministerio Público.

Corolario de lo anterior, resulta preciso apuntar que, al respecto de la etapa intermedia, el maestro Alberto M. Binder (1999) señala que: “La investigación que se ha llevado a cabo a lo largo de la instrucción o investigación preliminar consiste en la acumulación de un conjunto de información que servirá para determinar si es posible someter a una persona determinada (imputado-acusado) a un juicio. Sin embargo, los distintos sistemas procesales no pasan automáticamente de la instrucción al juicio. Existe entre ambos una fase intermedia que, como veremos seguidamente, cumple diversas funciones...” (p. 245)

En el Manual del Fiscal del Ministerio Público de la República de Guatemala (1996), se expresa que “el Procedimiento Preparatorio concluirá de una de las siguientes formas: a) Acusación: La acusación supone el convencimiento firme por parte del fiscal que conoce del caso, de que el imputado es autor de un hecho punible. b) Sobreseimiento: El sobreseimiento pone fin al proceso e imposibilita nueva persecución contra la persona a favor de quien se dicte el auto por ese mismo hecho, es decir, tiene los mismos efectos que la sentencia absolutoria. c) Clausura provisional: La clausura provisional suspende la etapa preparatoria hasta el momento en que se puedan incorporar nuevas pruebas. d) Archivo: cuando habiéndose agotado la investigación no se hubiese individualizado al reo o cuando se haya declarado su rebeldía se procederá al archivo conforme al artículo 327 CPP” (p. 275). [El subrayado es propio]

Así mismo, el párrafo segundo del artículo 332 del Código Procesal Penal, preceptúa que: “La etapa intermedia tiene por objeto que el juez evalúe si existe o no fundamento para someter a una persona a juicio oral y público, por la probabilidad de su participación en un hecho delictivo o para verificar la fundamentación de las otras solicitudes del Ministerio Público” (Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992). Respecto de este último aspecto—las otras solicitudes del Ministerio Público—, el tratadista Josué Felipe Baquix (2012) establece que la fase intermedia también tiene como finalidad “verificar la fundamentación de las otras solicitudes del Ministerio Público en relación con la conclusión anormal del proceso”(p. 185). De esa cuenta, tanto la legislación atinente como la doctrina sobre el tópico, reconocen y viabilizan actos conclusivos

alternos a la acusación por parte del ente investigador, entre ellos, el sobreseimiento, el archivo y la clausura provisional, contenida esta última en el artículo 331 del código ídem.

Por las aristas de la investigación que se realiza y las características propias de la clausura provisional, como un acto conclusivo en la etapa preparatoria del proceso penal, así como la efectiva protección y garantía de los derechos de defensa y a una tutela judicial efectiva que asiste a todo sujeto procesal, debe reiterarse que, de conformidad con la legislación adjetiva aplicable, una vez concluida la etapa preparatoria, el Ministerio Público como ente encargado de la persecución penal tiene la facultad, entre otras, de solicitar al órgano contralor de la investigación penal la clausura provisional del proceso penal incoado en contra de una persona, sindicada de la posible comisión de un acto antijurídico y típico.

En esa línea de pensamiento, la clausura provisional a la luz de lo normado en la ley adjetiva penal guatemalteca, es viable cuando no corresponda sobreseer y los elementos de prueba resultaren insuficientes para requerir la apertura del juicio. Al ocurrir aquellos presupuestos procesales, el juez contralor de la investigación, mediante auto fundado, puede admitir tal solicitud y para la cual deberá ampliar el plazo de la investigación, precisando de manera taxativa los elementos de prueba que serán incorporados en los términos indicados por el Ministerio Público, fijando día y hora en que deba realizarse la futura audiencia intermedia, así como la nueva fecha de presentación del nuevo requerimiento (artículos 331 y 340 del Código Procesal Penal, 1992).

En este punto, es necesario acotar que, si bien es cierto, la clausura provisional, en primer término, debe ser solicitada por el Ministerio Público, como resultado del procedimiento preparatorio, esta también puede ser requerida por la defensa técnica e incluso, en algunos casos dictarse de oficio por el juez a cargo de controlar la investigación. Sin embargo, el tema que se analiza versa, principalmente, cuando dicho requerimiento es realizado por el Ministerio Público como acto conclusivo de la etapa preparatoria.

El Código Procesal Penal considera como uno de los posibles requerimientos en el acto conclusivo del Ministerio Público, en la etapa intermedia, la solicitud de clausura provisional del proceso, en este caso el juez contralor, según la ley, tiene dos opciones: a) Admitir la petición de clausura provisional y permitirle al Ministerio Público seguir investigando; o b) No admitir la petición; en tal caso, el juez contralor al no estar de acuerdo con la petición formulada por el ente investigador, conforme al artículo 326 del Código Procesal Penal, se le impone la obligación de emplazar al Ministerio Público para que plantee la acusación, lo cual limita la decisión del juez contralor y le impide dictar un auto de sobreseimiento o inclusive ordenar su archivo.

Hecha la observación anterior, al admitir el juez la petición de clausura provisional y permitirle al Ministerio Público seguir investigando, se considera que se violenta el derecho de defensa del sindicado y su derecho a ser juzgado en un plazo razonable, previamente establecido. Si, por el contrario, el juez contralor no está de acuerdo con la petición formulada por el ente investigador, la misma ley procesal le impone la obligación

de emplazar al Ministerio Público para que plantee la acusación, con lo cual se vulnera la independencia e imparcialidad judicial y de igual forma se menoscaba el derecho de defensa, pues no existe una vía procesal para dictar un auto de sobreseimiento o cerrar y archivar el proceso en la discusión de este acto conclusivo.

De tal manera, cabe colegir que existen desventajas para la defensa cuando la clausura provisional solicitada por el Ministerio Público se declara **con lugar**, como cuando esta se declara **sin lugar**. Con la idea en la palestra y para un mejor desarrollo de su contenido, ambos escenarios se analizarán a continuación.

a) Cuando la clausura provisional se declara con lugar

La ley adjetiva penal establece que, si el juez aprueba la clausura provisional del proceso, se otorga un plazo adicional para la investigación y el sindicado continúa vinculado al mismo, vulnerándose en consecuencia el denominado plazo razonable, lo cual constituye una garantía procesal violentada en el marco legal de esta figura.

Ante la inadecuada práctica de esta institución procesal, se provoca una innecesaria mora judicial y congestión en los juzgados de primera instancia penal, en virtud de no poderse resolver en definitiva el proceso penal. Sobre ello resulta oportuno agregar que, según la exposición de motivos del actual Código Procesal Penal (1992), uno de sus objetivos es establecer procedimientos ágiles y eficientes, con plazos razonables para resolver de manera transparente y expedita el proceso penal.

Este es un tema que no debe pasar desapercibido por el abogado defensor público, principalmente, en cuanto a la ampliación del plazo de la investigación que permite la clausura provisional, y el abuso que se ha hecho de dicha institución procesal en la práctica judicial. Es importante y trascendental estudiar este tema, toda vez que de conformidad con las nuevas tendencias de persecución penal y de política criminal, el derecho de defensa y la presunción de inocencia, en cierta manera, se han ido debilitando, por lo que la clausura provisional al no ser utilizada adecuadamente, vulnera el derecho de defensa del imputado en el proceso penal y transgrede el derecho de ser juzgado en un plazo razonable, plazo que dicho sea de paso ya había sido previamente discutido y establecido desde la audiencia de primera declaración, y que si se toma en cuenta lo regulado en el artículo 151 del Código Procesal Penal los plazos fijados son improrrogables e impostergables.

En el Módulo de Autoformación sobre Derechos Humanos y Defensa Penal, Samuel Villalta (2016) concluyó que el plazo razonable: “Es la garantía que tiene toda persona que se encuentra sometida a proceso penal, o bien la que está sindicada de algún hecho delictivo - para el presente caso-, que su situación jurídica será resuelta de manera rigurosa dentro de los plazos que establecen las leyes del país, pero su objetivo es que la persona sindicada no permanezca en prisión preventiva o sujeta a proceso penal por más tiempo del que regula la ley procesal” (p. 73).

Sobre esa misma temática, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1997) en la sentencia de fondo, reparaciones y costas, proferida en el

caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, ha sostenido que: “El artículo 8.1 de la Convención también se refiere al plazo razonable” (párrafo 77). Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso:

“a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales”(caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 77). El anterior criterio ha sido reiterado en diversos pronunciamientos contenciosos y consultivos emitidos por el Tribunal Interamericano, desarrollando de mejor manera los tres elementos que fungen como parámetro para determinar la razonabilidad del plazo. En este sentido, por la línea argumentativa de la presente investigación, es necesario evidenciar que, salvo la complejidad del asunto, los dos factores restantes para establecer la razonabilidad del plazo dependen de la actitud y diligencia procesal que asuman los sujetos involucrados.

Actualmente, la clausura provisional del proceso en muchos casos se ha desnaturalizado, en virtud de que existen diversos procesos en los cuales comúnmente el ente investigador solicita, como acto conclusivo, esta figura legal, pese a que se ha otorgado el plazo máximo para la investigación (3 meses si se impone prisión preventiva o 6 meses si se impone otra medida de coerción) y, en vez de objetivamente solicitar un sobreseimiento del proceso, el ente fiscal opta por clausurar el proceso para seguir recabando elementos de investigación y aprovecharse de esta ampliación del plazo.

Ante esta situación, cuando se actúa sin objetividad se percibe también una forma de eludir el debido proceso o “el derecho de defensa procesal”, como lo define la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1997) en el caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*. (Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 74). Ello, de conformidad con el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que reconoce que aquel consiste en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera.

En estos casos el abogado defensor público se ve limitado en su estrategia de defensa, pues no existe un fundamento legal claro que le permita oponerse de manera satisfactoria y definitiva a tal requerimiento. Así también, esto puede entenderse como una limitación legal a la decisión

que el juez pueda tomar, degradándose la independencia e imparcialidad judicial, inclusive.

b) Cuando la clausura provisional se declara sin lugar

De conformidad con la legislación vigente, ante este escenario de solicitud fiscal de la clausura provisional del proceso, la decisión que el juez contralor pueda emitir se ve limitada al no poder rechazarla para cerrar el proceso de manera irrevocable, lo cual vulnera el derecho de defensa y principio de inocencia del sindicado, pues no puede cerrarse el proceso en esa etapa procesal, por los motivos que se detallan enseguida.

Para mejor percepción de este escenario, resulta preciso recalcar la importancia del principio de presunción de inocencia, el cual debe aplicarse durante todo el proceso penal. A criterio de Samuel Villalta (2016): “Es un principio del proceso penal por medio del cual toda persona sindicada de la comisión u omisión de algún hecho delictivo, tiene derecho a ser tratada como inocente durante todo el proceso, hasta que una sentencia firme declare su culpabilidad” (p. 64). Sin embargo, en el escenario aludido la presunción de inocencia y el denominado principio *in dubio pro reo*, carecen de relevancia y aplicación efectiva.

En este orden de ideas, puede percibirse la parcialidad del Código Procesal Penal respecto a lo que señala el artículo 331, pues en caso de duda, el juez de instancia debería decidirse por el sobreseimiento, tal como lo señala el artículo 328 numeral 2, y permitirle al sindicado cerrar en definitiva la investigación que se lleva en su contra, empero, el Código Procesal

Penal establece que en caso de rechazarse la clausura del procedimiento se emplazará al Ministerio Público para que plantee acusación.

Cabe destacar también, que existen muchos casos en que el ente fiscal no cuenta con medios de investigación idóneos y suficientes para solicitar apertura a juicio, por lo que objetivamente se debería sobreseer el proceso, pero este sobreseimiento se torna improcedente cuando la fiscalía careciendo de objetividad presenta como acto conclusivo una clausura provisional del proceso, pues, aunque la defensa en la audiencia intermedia se oponga a la clausura y solicite el sobreseimiento del proceso, el artículo 326 del Código Procesal Penal establece que si el juez rechaza la clausura del procedimiento pedido por el Ministerio Público, ordenará que se plantee la acusación, además indica dicho precepto legal que “la resolución obligará al Ministerio Público a plantear la acusación”, por lo que resulta improcedente hasta para la Fiscalía solicitar un auto de sobreseimiento en el nuevo acto conclusivo, aunque objetivamente el fiscal deseara requerirlo; con lo establecido en dicho precepto legal no queda otra alternativa más que discutir una acusación formal en contra del sindicado, lo cual como se dijo relega la presunción de inocencia.

En este escenario, si la defensa argumenta válidamente la falta de una fundamentación seria en la investigación y solicita el cierre del proceso y, además, convence al juez de rechazar la clausura provisional del proceso, se obtendría como resultado que el Ministerio Público presente obligadamente una acusación en contra del imputado. Al presentarse esta situación, si bien es cierto dicha acusación es susceptible de discutirse

y rechazarse en una “nueva” audiencia intermedia, constituye un riesgo para la defensa técnica y un procedimiento adicional innecesario, especialmente, si se toma en cuenta que el propio ente fiscal a través de su solicitud de clausura provisional ha admitido en forma tácita la carencia de medios de investigación idóneos para abrir a juicio.

En síntesis, puede evidenciarse en ambos escenarios que el derecho de defensa y libertad del imputado se ve violentado ante esta situación, pues, por un lado, al declararse con lugar la clausura básicamente se le otorga una ampliación al plazo de investigación que ya se había agotado, lo cual, además, constituye una falta de certeza jurídica para el imputado respecto a su situación procesal, en virtud de que sigue ligado al proceso y en cierta forma se le da más ventaja al Ministerio Público para ampliar y mejorar sus investigaciones.

En ese mismo orden de ideas, si por el contrario, el juez contralor rechaza la petición de clausura provisional, el derecho de defensa también se ve vulnerado, pues, el artículo 326 del Código Procesal Penal establece: “Examinadas las actuaciones, si el juez rechaza el sobreseimiento o la clausura del procedimiento pedido por el Ministerio Público ordenará que se plantee la acusación...” Este precepto legal constituye una de las principales desventajas para la defensa, en virtud de que se limita al juez contralor a ordenar, sí y solo sí, que el Ministerio Público acuse, cuando el mismo ha admitido no tener los elementos suficientes para fundamentar una acusación y en todo caso correspondería cerrar el proceso de manera irrevocable.

En tal sentido, el más afectado ante esta circunstancia procesal es el sindicado, pues, o se amplía el plazo de investigación o se le acusa, con lo cual no se le da la posibilidad de solicitar que se cierre la investigación que pesa en su contra, aun cuando el mismo ente investigador ha admitido carecer de alguno o algunos medios de investigación precisos y certeros para fundamentarse seriamente, lo cual constituye una vulneración al derecho de defensa, al derecho a ser juzgado en un plazo razonable y a la presunción de inocencia.

Algunas consecuencias

Por otra parte, se advierte que, al otorgarse la clausura provisional del proceso, el abogado defensor público asume diversas consecuencias que pueden ser muy drásticas para su patrocinado, entre ellas las siguientes:

- 1) La primera, es el riesgo de que el patrocinado sea acusado de un delito más grave, puesto que al ampliar el plazo incluso la fiscalía podría solicitar cambiar la calificación jurídica del patrocinado por un delito de mayor sanción, como consecuencia de una investigación obtenida fuera del plazo legal previamente establecido y sin seguir el debido proceso que implica figuras procesales, entre estas, la reforma de procesamiento establecida en el artículo 320 del Código Procesal Penal.

- 2) Se debe tomar en cuenta que, si bien es cierto, el propósito de este denominado nuevo plazo debe ser solamente para aportar los elementos de investigación que el juez ha indicado en la resolución que admitió la clausura, este nuevo plazo de investigación puede traer como

consecuencia que el ente fiscal agregue otro u otros delitos que no se tenían contemplados inicialmente en el proceso.

3) Finalmente, uno de los peores riesgos radica en que, aunque se otorgue la clausura provisional, el Ministerio Público en el nuevo acto conclusivo de acusación no presente alguno o algunos de los elementos probatorios que el juez indicó en la resolución que admitió la clausura y, aun sin ese elemento de investigación, la acusación sea admitida por el juez contralor por circunstancias ajenas a las que se resolvieron al otorgarse la clausura provisional del proceso.

Estas son solo algunas consecuencias que se asumen con el abuso del uso de la clausura provisional, las cuales claramente no eximen a que el abogado defensor público se oponga a las mismas, pues todas son violatorias al debido proceso; empero, los riesgos indicados en los anteriores escenarios son latentes y por experiencia propia algunos de ellos se han concretado, violentando aún más el derecho de defensa y el debido proceso.

Como se ha venido sosteniendo, en la actualidad el abogado defensor público encuentra un lastre en la realización de una estrategia de defensa adecuada para discutir en la audiencia de etapa intermedia la clausura provisional solicitada por el Ministerio Público, en virtud de que como se dijo con antelación, si la defensa se opone o se adhiere a esta solicitud, el patrocinado no soluciona de manera definitiva su situación jurídica. Cabe mencionar que existen algunos pocos casos en que esta institución procesal resulta conveniente para el sindicado, principalmente, cuando este padece de una medida de coerción privativa de libertad y dicha

medida cesa con la admisión de la clausura provisional, sin embargo, hay que recordar que este solamente será un beneficio provisional y nada se tiene garantizado en definitiva.

La clausura provisional en la vía recursiva

Al analizarse el tema de estudio, en cierta manera podría indicarse que, si no se está de acuerdo con la resolución emitida, esta debe impugnarse. Por lo que, ante dicha aseveración, se analizará brevemente la vía recursiva de la clausura provisional y sus posibles resultados. El artículo 404 numeral 8 del Código Procesal Penal establece que contra el auto que declare la clausura provisional es procedente el recurso de apelación, dicha apelación será conocida por un tribunal de alzada en la forma y plazo legalmente establecidos, revocándose o confirmándose la resolución impugnada (artículos 406 al 411, inclusive, del Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992). Ante esta apelación existen sintéticamente dos escenarios posibles: a) que se confirme el auto que declaró con lugar la clausura provisional, lo cual implicaría esperar a que finalice el nuevo plazo de investigación y se discuta el nuevo acto conclusivo del Ministerio Público en la futura audiencia intermedia; y b) que se revoque el auto que declaró con lugar la clausura provisional, lo cual implicaría que se ordene al *a quo* dictar la apertura a juicio. Ninguno de estos dos escenarios constituye un alivio para el sindicado y mucho menos una solución verdaderamente favorable a su situación jurídica. En contra de esta resolución de segunda instancia puede interponerse el recurso extraordinario de casación, según lo establecido en el artículo 437 numeral 4 del Código Procesal Penal.

En cuanto al recurso extraordinario de casación, la Corte de Constitucionalidad ha sentado jurisprudencia manifestando que únicamente las sentencias y “autos definitivos” dictados por las salas de apelaciones son susceptibles de casación, este auto definitivo, según la Corte de Constitucionalidad (2015): “...equivale, en materia penal, a aquel que produce efectos suspensivos o conclusivos en relación (sic) de una de las finalidades o componentes del proceso penal (...)” (Expediente 363-2014, p. 4)

Así mismo, la Corte (2015) aludida sostiene que: “Es doctrina legal asentada por esta Corte, respecto de la procedencia del recurso de casación, que (...) solo reviste el carácter de definitivo y, por ello, susceptible de ser impugnado mediante casación, el auto de la Sala jurisdiccional que declara la existencia de un obstáculo a la persecución penal, el sobreseimiento o clausura provisional, puesto que si así no fuere (es decir, que se declare sin lugar), esa resolución no le está poniendo fin a ningún asunto o aspecto del proceso penal en la acepción anteriormente expresada, sino únicamente concluyendo una incidencia que no trasciende más allá del ámbito procedimental” (Expediente 4048-2015, pág. 4).

Como se indicó anteriormente, en la resolución de segunda instancia que conoce el recurso de apelación de la clausura provisional existen básicamente dos formas de resolver, una que se confirme y otra que se revoque el auto que admitió la clausura.

Devenido del anterior análisis jurisprudencial se esgrime que, en este tema en particular, existe un “auto definitivo”, únicamente cuando la clausura provisional se confirma en segundo grado, por lo que, según el criterio jurisprudencial actual, es solamente en este caso cuando procede el recurso extraordinario de casación. Vale la pena mencionar que este criterio ha sido un tanto cuestionado, en virtud de que el auto que declara con lugar la clausura provisional, aunque sea confirmado, continúa teniendo un carácter provisional, lo cual hace cuestionar realmente su condición definitiva.

En el caso contrario, cuando en segunda instancia se revoca el auto que admitió la casación, no procede el recurso extraordinario de casación, en virtud de que esta resolución de segunda instancia no cumple con las calidades de ser definitiva como se analizó con antelación, en este caso únicamente puede ser procedente una acción constitucional de amparo, en un momento dado. Resulta cuestionable hasta qué punto la revocación de la clausura es conveniente para la defensa, toda vez que con este resultado lo más probable es que se ordene abrir a juicio, existiendo poca viabilidad para que la sala jurisdiccional otorgue un sobreseimiento o cierre el proceso al revocar la clausura, ello por la regulación procesal que impera sobre el desenvolvimiento de la clausura provisional, que, como se ha indicado en repetidas ocasiones, vuelve a dejar en cierta vulneración al derecho de defensa.

Es importante señalar que la Corte de Constitucionalidad (2020) también ha indicado que ante el recurso de apelación del auto que admite la clausura provisional, la sala jurisdiccional debe asumir la jurisdicción

del *a quo*, y en todo caso indicar claramente la forma en que resuelve ya sea revocando o confirmando dicho auto; sobre ello, aludió que: "... la Sala reprochada, como consecuencia del otorgamiento de la garantía constitucional solicitada, al conocer nuevamente de la apelación planteada, deberá determinar, del estudio integral de las circunstancias del proceso y de las denuncias planteadas en el medio recursivo instado, si procedía o no la clausura provisional decretada o si resulta viable decretar la apertura a juicio..." (Expedientes acumulados 7158-2019, 7179-2019, 7185-2019 y 7207-2019, págs. 19 y 20); fundamento que se encuentra principalmente en el artículo 409 del Código Procesal Penal.

Cabe mencionar que en el expediente anterior, el apelante al no estar de acuerdo con la resolución de segunda instancia que revocó la clausura provisional, interpuso directamente una acción constitucional de amparo ante la Corte Suprema de Justicia, conocida específicamente por la Cámara de Amparos y Antejuicios, la cual fue otorgada.

De tal manera, es factible concluir que para la defensa técnica los resultados de la vía recursiva de la clausura provisional resultan poco alentadores, y una vez más se percibe en desventaja al sindicado ante la inadecuada aplicación de esta institución procesal, en la vía recursiva inclusive.

Referencias bibliográficas

Baquiáx Baquiáx, Josué Felipe. (2012). *Derecho Procesal Penal Guatemalteco, Etapas Preparatoria e Intermedia*. Guatemala: Serviprensa

Binder, Alberto M. (1999). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. (2.^a edición). Buenos Aires: AD-HOC, S.R.L.

Ministerio Público de la República de Guatemala. (1996). *Manual del Fiscal*. Guatemala: Ministerio Público.

Villalta Aguilar, Samuel. (2016). *Módulo de Autoformación Derechos Humanos y Defensa Penal, Instituto de la Defensa Pública Penal*. Guatemala: [s.e.]

Villalta Ramírez, Ludwin Guillermo. (2007). *Principios, Derechos y Garantías Estructurales en el Proceso Penal*. (2.^a edición). Guatemala: NG Impresiones.

Legislación

a. Nacional

Asamblea Nacional Constituyente. (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (1973). Decreto número 17-73. *Código Penal*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (1992). Decreto número 51-92.

Código Procesal Penal. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (1989). Decreto número 2-89. *Ley del Organismo Judicial*. Guatemala.

b. Internacional

Organización de Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Costa Rica.

Consejo de Europa. (1950). *Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Roma.



Responsabilidad penal de quien proporciona cuenta bancaria, usada para el cobro de dinero en el delito de extorsión

Lic. José Miguel Cifuentes Cifuentes

El presente trabajo aborda desde la perspectiva de la dogmática penal, la situación jurídica de las personas que afrontan proceso penal acusados de proporcionar su número de cuenta y esta es utilizada en el delito de extorsión.

Se ha detectado, en ejercicio del litigio, que quienes afrontan un proceso penal por el delito de extorsión, se enfrentan a una condena prácticamente segura, en virtud de que los que jueces de sentencia dan por acreditada la responsabilidad penal únicamente por la titularidad de la cuenta, sin tomar en consideración que todo tipo penal requiere la comprobación del dolo.

Derivado del grave problema que representa para todo defensor público enfrentarse a la férrea postura de quienes juzgan, es que a continuación se plantea lo que podría ser la raíz de esa percepción errónea en el juzgamiento.

Para el efecto, se aborda el tema de la responsabilidad penal y sus aristas, como lo son: la acción, el dolo, el error de tipo y la tipicidad ampliada (autoría y participación), para tratar de entender el fenómeno y sus posibles soluciones.

En cuanto al fundamento de la responsabilidad, se analizará que existen dos corrientes: la responsabilidad objetiva y la subjetiva, de las cuales, Guatemala optó, según lo estipulado en el artículo 10 del Código Penal, por la corriente de responsabilidad objetiva, propia de la escuela causalista. Situación que influye negativamente al momento de dictar sentencia, ya que se menosprecia la acreditación del dolo.

Luego, se analiza una de las aristas de la responsabilidad penal, siendo la acción que determina que el verbo rector del delito de extorsión es “obligar” y, por lo tanto, la conducta de proporcionar cuenta bancaria no forma parte del tipo penal; por ende, provoca error de tipo en el ciudadano común, ya que al leer el artículo 261 del Código Penal no se incluye a los cuentahabientes.

En el mismo orden de ideas, se analiza el dolo y el error de tipo, estableciendo que sí es viable aplicarlo a casos de extorsión, en los que se acusa a una persona por proporcionar cuenta bancaria para la comisión de dicho delito.

Se concluye el análisis estableciendo criterios doctrinarios respecto de la autoría directa, mediata y coautoría, determinándose que quienes

proporcionan cuenta bancaria no reúnen dichos criterios y, por lo tanto, intervienen en calidad de cómplices, solamente cuando no medie error de tipo o bien no se acredite el dolo.

1. Responsabilidad penal en el delito de extorsión

1.1. Fundamento de la responsabilidad

La responsabilidad jurídica puede ser objetiva o subjetiva. Por una parte, la objetiva consiste en establecer la responsabilidad penal por resultado, sin considerar dolo o culpa, misma que está superada en legislaciones de corte finalista. Por la otra, la responsabilidad subjetiva plantea que no hay pena sin dolo o imprudencia, es decir, no es suficiente acción y resultado. El actual Código Penal guatemalteco, que data del año 1973, se guía por el principio de responsabilidad objetiva, regulando como fundamento la responsabilidad penal lo siguiente:

Artículo 10.- Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente los establece como consecuencia de determinada conducta.

Como se aprecia en tal disposición, no se hace ninguna consideración respecto de la responsabilidad subjetiva. En el caso de las personas acusadas de proporcionar su número de cuenta bancaria se aplica como

fundamento para condenar justamente la responsabilidad objetiva, que es de corte causalista. En sentencias de la Corte Suprema de Justicia, según se verá más adelante, no se realiza una consideración respecto de si la persona tiene conocimiento de que proporciona su cuenta bancaria para el retiro de dinero producto de la extorsión, o si está en capacidad siquiera de comprender el contenido de los elementos del tipo penal de extorsión, es decir, no se hace ninguna consideración al elemento subjetivo, ni se exige que el Estado acredite el dolo.

Se detecta acá el primer problema en la determinación de la responsabilidad jurídica: que el pensamiento de quienes juzgan está influenciado por la escuela causalista. Por lo que se percibe claramente un desprecio por la acreditación del dolo o lo determinan basados en meras conjeturas e inferencias personales.

Para superar este error normativo grave, es importante que se retome el proyecto de ley número 5494 del Congreso de la República (2018, p. 47), que pretende expulsar del sistema guatemalteco el principio de responsabilidad objetiva, mismo que plantea la reforma del artículo 10, sustentado en la corriente finalista, quedando así: “Artículo 10. Culpabilidad. La pena requerirá la responsabilidad penal del imputado. Se prohíbe toda forma de responsabilidad penal objetiva. En consecuencia: 1. Solamente podrá imponerse una pena cuando las acciones u omisiones fueren realizadas con dolo o imprudencia”.

Como puede notarse, con la reforma se pretende que el fundamento de la responsabilidad deje de ser la causalidad, y sea el dolo o la culpa. Países como El Salvador, Costa Rica, México, Colombia, cuyos códigos son más recientes, prohíben la responsabilidad causalista. Dicho avance normativo obligaría a los juzgadores a prestarle mayor atención a la acreditación del dolo y no simplemente al resultado.

1.2. La acción en el delito de extorsión

Conforme el artículo 261 del Código Penal se determina que el verbo rector en el delito de extorsión es **obligar**, y que esta conducta tiene un fin patrimonial ilícito.

Obligar se entiende como la imposición realizada contra la voluntad de un sujeto, para que éste realice, omita o tolere algo, es decir, se trata del uso de la fuerza, sea física o psicológica orientada a lograr que un sujeto se determine conforme a los designios de otra, quien socava la libertad. El Código Penal guatemalteco no contempla dentro del tipo penal de extorsión la conducta de proporcionar cuenta bancaria. Esta situación vulnera el principio de estricta legalidad penal y genera una serie de complicaciones. Primero, provoca confusión en el ciudadano respecto de los elementos del tipo de extorsión. Segundo, dificulta determinar la responsabilidad de quien está acusado por una conducta de esta naturaleza, ya que se tiene que resolver sobre la base de las reglas de autoría y participación (artículos 36 y 37 del Código Penal), mismas que son interpretadas en forma arbitraria por los jueces.

1.3. Tipo doloso

Se analiza el tipo doloso, porque el delito de extorsión es eminentemente doloso, no puede haber extorsión culposa, ni preterintencional.

Todo tipo penal abarca dos aspectos. El objetivo y el subjetivo. Ambos son parte del tipo activo doloso. El aspecto objetivo provee los elementos del tipo abarcados por el conocimiento del agente (Zaffaroni, 2002). Es decir, incluye la acción que el autor realiza para configurar el tipo. El elemento objetivo está integrado por la exteriorización de la voluntad, el nexo y el resultado (Bacigalupo, 1999). Además, es indispensable que exista el elemento subjetivo del tipo, es decir, la voluntad realizadora del tipo guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesario para su configuración (Zaffaroni, 2002). El dolo tiene un elemento cognitivo y uno volitivo.

El dolo en el tipo penal de extorsión implica que el autor debe actuar con voluntad guiada por los elementos objetivos del tipo, es decir, conocer o al menos tener idea que obligar a una persona a entregar dinero es ilegal, y teniendo dicha información realizar la acción. Ahora bien, respecto de realizar conductas aparentemente atípicas como facilitar una cuenta bancaria, el actuar con dolo significa tener pleno conocimiento que se proporciona esta información para facilitar la consumación del delito, saber que se está desarrollando este proceso extorsivo y, aun así, aportar el número de cuenta. Naturalmente el dolo o elemento subjetivo deben ser probados plenamente.

El aspecto cognitivo del tipo siempre está antes que el volitivo. No puede haber consentimiento si no hay una finalidad. El conocimiento tiene que ser efectivo, estar disponible y ser actual (Zaffaroni, 2002). Esta característica del dolo es importantísima, incluso, forma parte de legislaciones modernas. Es decir, que quien aporta su número de cuenta para decir que actuó dolosamente tuvo que tener disponible la información sobre el peligro de que su cuenta fuera utilizada para actividades ilícitas, por ejemplo, respecto de la disponibilidad del contenido del tipo, toda persona debe ser advertida al momento de abrir una cuenta bancaria, que la misma debe tener certeza del origen del dinero depositado, pero hacerlo ver de manera expresa y en el contrato de apertura correspondiente, y no suponer, como lo hacen actualmente los jueces, que la persona lo sabe, especialmente en aquellos casos en los que el perfil social del sujeto revela poco acceso a la educación.

En los contratos en los que se formaliza la cuenta tiene que constar esa información para que se pueda decir que el conocimiento estuvo disponible. Por ello es que debe probarse en cada caso que el agente tenía el grado de actualización de conocimiento necesario para configurar la finalidad (Zaffaroni, 2002). A la pregunta: ¿Qué debe haber sabido el autor para que pueda afirmarse que obró con dolo? Los autores responden que tiene que haber tenido conocimiento de las circunstancias del tipo (Bacigalupo, 1996).

Es decir, que el sujeto debe conocer que la normativa vigente contempla como tipicidad ampliada que comete delito de extorsión el que aporta cuenta bancaria y esta es utilizada para depósitos provenientes del delito de

extorsión; y teniendo esta información decide aportar ese medio. También resulta indispensable que se determine si en el período de comisión del hecho delictivo existieron campañas de información sobre este tema, y si la persona tuvo la oportunidad de enterarse, para poder determinar si el conocimiento de los elementos del tipo es efectivo, disponible y actual, caso contrario no existiría dolo.

1.4. ¿Cómo se prueba el dolo?

De Miranda Vásquez (2011) señala que probar el dolo es probar la representación mental del tipo, en cuanto al conocimiento del sujeto activo sobre la realización de la conducta típica.

Se puede recurrir en primer lugar a la prueba directa. Esta suele ser escasa o inexistente. Se presenta con la confesión del acusado o un testigo de referencia a quien el reo le hubiese manifestado extrajudicialmente cual fue su consciencia y voluntad en la realización del tipo.

En segundo plano se puede recurrir a la prueba indiciaria. En materia de dolo, los indicios son la principal prueba. Existen a nivel doctrinario una serie de indicios tipo con relación con el dolo: las relaciones que ligan al autor con la víctima, la personalidad del autor, las actitudes observadas en los momentos precedentes al hecho, las manifestaciones de los intervinientes en la contienda, características del medio empleado, insistencia y reiteración de los actos, conducta posterior observada por el infractor.

En el caso objeto de estudio, debería existir a nivel del juez un análisis sobre los dos momentos del dolo. El primer momento, cuando el sujeto se representa mentalmente la realización de los elementos del tipo, es decir, el momento en que mentalmente existe una comprensión sobre que se va a proporcionar la cuenta para extorsionar y no para otro motivo. Y sobre el segundo momento, que es la representación mental en la que el sujeto acepta lo representado, en el sentido de asumirlo, contrario a rechazarlo y cometer el hecho.

1.5. Error de tipo

Hay ausencia de dolo cuando ocurre un error de tipo, el cual recae sobre sus elementos. Hay un desconocimiento inevitable de la realización del tipo, que puede provenir de un conocimiento falso o de un descuido. El error de tipo es invencible cuando el autor aplicaba el cuidado debido (Chamalé, 2006). Se trata de una incongruencia entre lo querido y el resultado. El elemento objetivo ocurre totalmente en el mundo exterior, pero la responsabilidad no alcanza al autor porque existe un defecto en el conocimiento, situación que condiciona su voluntad, siendo evidente que no existe una dirección de la voluntad hacia la comisión del hecho (Donna, 2002).

El error de tipo ocurre cuando a una persona, un familiar o bien un amigo, le piden el favor de retirar dinero de su cuenta bancaria, pero la misma en realidad es utilizada como elemento complementario para cometer delito de extorsión, situación que ignora el titular de la cuenta.

El error de tipo no está regulado de manera expresa en el Código Penal. Dada esta situación, el doctor Gustavo Girón Palles (2013) en el módulo “Teoría del Delito” del Instituto de la Defensa Pública Penal propone que: se inste a los tribunales a aplicar el mismo con el siguiente argumento: “... la base legal es la Constitución Política de la República de Guatemala... el artículo 4º que se refiere a los principios de dignidad de la persona humana e igualdad ante la ley; pues el Estado por medio de sus órganos (tribunales, Ministerio Público) no podrá tratar de igual forma a la persona que conoce los elementos objetivos del tipo, y a una persona que los desconoce; y, el artículo 5º de la libertad de acción, en donde la persona no puede ser perseguida ni molestada por actos que no impliquen infracción a la ley, pues la ausencia de dolo por error en el tipo, trae como consecuencia que su acción sea atípica. No será aplicable por ser de menor rango y tratarse de una ley general para todas las ramas del Derecho, el artículo 3º de la Ley del Organismo Judicial, que incluso, contraviene lo regulado en la norma constitucional antes mencionada” (p. 38).

Así mismo, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia sustenta que el error de tipo debe integrarse al derecho penal por interpretación analógica, en el expediente n.º 900-2014, sentencia de casación del 18/02/2015, se resolvió absolver a una persona acusada de portación ilegal de arma de fuego, bajo el argumento que desconocía los elementos del tipo. (Criterios jurisprudenciales en materia penal, 2015)

Por lo que bien puede ser solicitada una sentencia absolutoria en casos de personas que hayan incurrido en error de tipo al momento de prestar su cuenta bancaria.

2. Extensión de la tipicidad a la participación en el delito de extorsión

Usualmente los tipos contenidos en la ley penal hacen referencia a la participación de solamente una persona. No obstante, existen normas que complementan la parte especial y que extienden la sanción a casos en que el hecho es obra de más de una persona. A partir de ahí surgen dificultades respecto de diferenciar entre el que ha cumplido el papel protagonista y aquel que solo ha tenido una actuación secundaria. Como el caso en particular de la persona acusada de facilitar su número de cuenta. No resulta fácil establecer el papel que tuvo, si fue principal, secundaria o irrelevante.

2.1. Autoría

Para explicar la autoría, la de mayor aceptación actual es la teoría del dominio del hecho. El principal exponente es Claus Roxin (1970), y señala que: "... es autor quien, de acuerdo con el papel desempeñado en el despliegue de la acción, ha tenido el dominio o condominio del suceso (el llamado dominio del hecho)" (Di Biase, 2012, p. 7).

Plantea que es autor quien ejecuta por su propia mano y quien ejecuta utilizando un instrumento, a la que llama autoría mediata, determina la existencia de un coautor quien realiza la parte necesaria para la ejecución

del plan global, a lo que le llama dominio funcional. Sin embargo, ha presentado problemas para definir criterios de dominabilidad y previsibilidad (Sánchez, 2014). Es la adoptada por Guatemala.

Actualmente y derivado de que se han presentado duras críticas, entre las cuales está que no es conveniente desvincular el problema de autoría de la figura delictiva, ya que supone un peligro al sistema de garantías, ha surgido la teoría del dominio del hecho típico, que plantea que: “No es conveniente desvincular el problema de la autoría de cada figura delictiva y en ese marco de valoración la dogmática deberá constituir el concepto más restrictivo posible, especificando en cada figura que significa ejecutar la acción típica” (Sánchez, 2014, p. 21). Justamente en el caso que se analiza, la acción de proporcionar número de cuenta se aleja bastante del verbo rector del delito de extorsión, que es: obligar.

2.1.1. Autoría directa

Consiste en la persona que ejecuta los actos propios del delito señalados en el tipo penal (Donna, 2002). Por ejemplo, la persona que realiza el verbo rector “obligar” descrito en el artículo 261 del Código Penal es autor directo del delito de extorsión, respecto del mismo no existe dificultad alguna para inferir su responsabilidad.

2.1.2. Autoría mediata

En la autoría mediata el autor no realiza físicamente el hecho punible y el dominio del hecho lo tiene la persona de atrás. En la autoría mediata no debe existir vinculación de conocimiento (Sánchez, 2014). Justamente en

el caso de las personas acusadas de aportar su número de cuenta bancaria dentro del contexto del delito de extorsión, pueden incurrir en error invencible y convertirse, sin saberlo, en meros instrumentos al servicio de un delincuente, quien actúa desde el anonimato, aprovechando el engaño o amenaza para utilizar como sujeto de enfrente a la persona que retira el dinero de su cuenta bancaria. En la actualidad, el autor mediato en el delito de extorsión está actuando con total impunidad, ya que al revisarse los procesos de extorsión que se tramitan en los tribunales de justicia, son escasas las causas penales, donde se juzga al autor directo del delito, y la gran mayoría son incoadas contra el sujeto de enfrente o quien es utilizado como instrumento. ¿Quién mataría con un arma registrada a su nombre? ¿Quién extorsionaría con su cuenta bancaria para retirar el dinero ilícito? Para los dos cuestionamientos la respuesta es la misma, muy pocos o ninguno. Es evidente que las personas que aportan su cuenta bancaria en su mayoría están siendo utilizadas como instrumentos del delito, para que la persona de atrás, es decir, el autor mediato quede en impunidad, tal y como está ocurriendo actualmente.

Existe un tema de especial interés para el estudio. La autoría mediata en la estructura del crimen organizado. Sobre este punto se señala que sigue existiendo autoría mediata del líder si concurren estos presupuestos: que el intermediario sea prescindible del plan o evento criminal, que sea “fungible” o intercambiable, pues estos intermediarios son en realidad simples engranajes cambiables de una maquinaria organizada, la máquina sigue activa con independencia de la pérdida del individuo intermediario; y otro aspecto es que el mando superior no renuncia a lo pretendido solo

porque el subordinado se niegue a realizar el acto que le corresponde (Sánchez, 2014).

Resulta de especial importancia el análisis del autor mediato dentro de una estructura criminal. Según los recientes estudios sobre el fenómeno de la extorsión un porcentaje muy alto lo está ejecutando la mara Salvatrucha y la mara Barrio 18. Ocurre algo muy particular en procesos judiciales, múltiples personas procesadas por haber proporcionado su cuenta bancaria en perjuicio de un solo usuario, el que, además, continúa pagando extorsión, lo que confirma que los cobradores son piezas de intercambio o de una máquina que sigue viva con independencia de la pérdida de ese individuo, ya que el autor mediato no renuncia a lo pretendido solo porque el subordinado deje de participar. Este extremo pone en dimensión que quien aporta su cuenta para producto de extorsión en hechos iniciados por grupos organizados, no se encuentra en una relación de horizontalidad respecto del autor, sino más bien por debajo en una relación jerárquica de poder.

2.1.3. Coautoría

Se configura cuando para la realización de un hecho delictivo concurre más de una persona para su comisión. Es necesario que todos aporten de forma libre y consciente. Para que exista coautoría existen requisitos y objetivos, primero que exista un acuerdo o plan común, la esencialidad en la prestación del sujeto y la prestación de la ejecución en la parte ejecutiva. En coautoría debe existir relación de horizontalidad y el mismo grado de jerarquía (Díaz, 2008).

El primer elemento, el plan o acuerdo común entre los sujetos implica que los autores tengan conocimiento de que actúan junto con otros. Sin embargo, es indispensable que esa acción conjunta que se realice se trate de acción típica nuclear. En el delito de extorsión la acción típica nuclear es obligar a un tercero a que entregue dinero o disponga de sus bienes. Por lo tanto, tiene que existir un acuerdo común entre los sujetos respecto de la acción típica. En el caso específico de la persona que facilita su cuenta bancaria, tiene que actuar con pleno conocimiento de que su aporte forma parte de un plan que tiene como propósito cometer extorsión, si actúa engañado o por un error invencible, no puede ser coautor.

En cuanto al segundo elemento, la esencialidad de la contribución se da cuando el sujeto, retirando su contribución, desbarata todo el plan común, provoca que no se realice el delito, situación que proporciona dominio sobre el mismo. Este punto en particular es el que el Código Penal regula en el artículo 37 numeral 3, con algunas diferencias. Dicho artículo relaciona que son autores quienes cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer.

Se ha interpretado que facilitar el número de cuenta bancaria constituye un acto esencial del delito, y que sin ese aporte se desbarata el delito, sin embargo, se ha magnificado esa contribución, en especial porque tal y como se señaló arriba, las personas cobradoras son piezas intercambiables en el grupo, pues el grupo continúa operando aun después de que los cobradores son detenidos o bien dejan de colaborar con el grupo. En

realidad, es cuestionable afirmar que el sujeto cobrador es capaz de desbaratar el delito, se ha determinado que en los casos judicializados existen múltiples personas procesadas por la misma acción, es decir, esa conducta de aportación de la cuenta no es exclusiva de una persona.

En relación al tercer elemento, no ejecutan el plan en relación de subordinación sino de horizontalidad (Díaz, 2011). Al respecto puede afirmarse que es uno de los aspectos que debería ser acreditado en juicio, es decir, que entre el director y ejecutor de la extorsión y el cobrador no existe relación de subordinación, sin embargo, tal situación simplemente no se está analizando en las resoluciones judiciales. Así mismo, resulta difícil o prácticamente imposible establecer que un grupo delictivo se conforma de manera horizontal, incluso, en los informes que rinde personal de la División Especializada de Investigación Criminal, presentan esquemas en los que ilustran que existe un jefe y bajo él todos los cobradores, naturalmente en relación de subordinación.

Se presentan casos problemáticos de coautoría funcional. Se puede mencionar al jefe de la banda, a “la campana” o quien avisa de la comisión de un hecho, y al entregador. La respuesta de a la doctrina es que los aportes de ellos carecen de autonomía funcional propia y solo pueden ser valorados como piezas. Así mismo, ejecutan acciones que no son típicas. La coautoría demanda una base legal porque lo contrario sería violatoria a la legalidad (Sánchez, 2014). Cabalmente ocurre tal situación con los que aportan su número de cuenta, carecen de autonomía funcional propia, pudiendo ser valorados únicamente como piezas intercambiables.

Se analiza el aporte esencial no típico al hecho en contraparte al aporte ejecutivo típico. Se analiza el caso “campana” y jefe de la banda. Se tiene que hacer mención del principio de referencia al tipo, de ahí que quien no realice acciones típicas no podrá ser considerado autor. Es el caso del entregador de información, cuya participación depende de la intervención de otras personas para el éxito del delito (Sánchez, 2014).

2.2. La participación

La teoría de la participación analiza la contribución de las personas que colaboran con la perpetración de un hecho delictivo y que son distintas al autor. En la participación se distinguen distintas clases, según la corriente estricta la complicidad y encubrimiento, y conforme a la corriente amplia, que además incluye a la propia autoría y que discute si el encubrimiento es una forma de participación o un delito distinto (Plascencia, 2004).

2.2.1. Complicidad

Según Plascencia Villanueva (2004), es cómplice la persona que auxilia o coopera dolosamente en la ejecución de un delito con actos posteriores, anteriores o simultáneos. La complicidad es una cooperación que se presta al autor de un injusto penal. La cooperación siempre requiere cierta coordinación entre autor y cómplice. El autor tiene que estar consciente de la ayuda y aceptar la misma. Para que haya complicidad la cooperación no debe ser necesaria para la comisión del delito. Sobre cómo determinar la necesidad la doctrina no lo resuelve claramente. El aporte debe valorarse en concreto, teniendo en cuenta el plan preciso

del hecho. Así mismo, el aporte debe ser causal para el resultado. La complicidad puede ser por cooperación física o por cooperación psíquica o intelectual, o de planificación. La física es la que facilita la conducta del autor. En la psíquica o intelectual se pueden distinguir dos formas: el consejo y el reforzamiento de la decisión. En la cooperación intelectual está el entregador, que proporciona conocimiento para facilitar el delito, adquirido por su profesión o por indagaciones previas. El planificador también es cómplice por cooperación intelectual. Es necesario tener en cuenta que el cómplice puede participar en actos de preparación, ejecutivos, de consumación y posteriores (Zaffaroni, 2002).

La complicidad está regulada en el artículo 37 del Código Penal; puede concluirse que la persona cuya cuenta bancaria es utilizada para cometer el delito de extorsión podría figurar como cómplice y no como autor del delito, pero solamente cuando su aporte ha sido plenamente acreditado como doloso.

3. Análisis de sentencias de El Salvador y Guatemala

3.1. Sentencia 2010-2019 de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador

A continuación, se presenta un caso muy especial, porque es justamente similar a aquellos por los que muchas personas se encuentran privadas de libertad hoy en día, cumpliendo condenas de hasta 12 años de prisión.

A la acusada se le atribuye aportar su cuenta para recibir 200 dólares exigidos mediante violencia a un tercero, y retirar dicha cantidad en dos

movimientos bancarios. Ella argumentó haberle proporcionado la cuenta a su sobrino César, que cumple condena en prisión, pues le indicó que recibiría el pago de un par de tenis que había vendido dentro de la prisión a otro recluso.

En primera instancia se determinó: “[...] todo el desfile probatorio [...] y en consecuencia haberse acreditado responsabilidad penal para la acusada [...] le expresó que le exigían entregar en esa fecha la cantidad de doscientos dólares en una cuenta del banco [...] a nombre de la señora [...], lo cual se concatena con el informe del estado de cuenta del Banco [...] donde efectivamente se refleja el depósito de los doscientos dólares [...]”¹

Ante dicho fallo, la acusada planteó recurso de casación aduciendo errónea aplicación del artículo 4 del Código Penal de El Salvador, que establece la prohibición de determinar responsabilidad penal si no se ha demostrado el dolo. La Corte Suprema de Justicia de El Salvador en sentencia resuelve la nulidad del fallo, basando su decisión en varios puntos, mismos que bien valdría la pena que se aplicaran en Guatemala y que se citan a continuación:

- Imposibilidad de establecer responsabilidad penal únicamente por ser titular de la cuenta bancaria sin comprobar la concurrencia del dolo en la comisión del delito.

1 <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/E/1/2010-2019/2011/03/90398.HTML>

- Es menester que la acción u omisión ejecutada se haya realizado mediando dolo o culpa, para que su autor pueda ser merecedor de la imposición de una pena.
- El único segmento que refiere a la imputada es que el extorsionador dijo que la suma exigida de doscientos dólares se depositara en una cuenta bancaria.
- Razonar con base a la prueba del juicio, que ella con conocimiento y voluntad de realizar un determinado plan de autor aportó al curso causal una cuenta bancaria.
- Procede estimar este motivo... puesto que determinó la responsabilidad penal de la imputada [...] sin considerar racional y argumentativamente la ejecución de un aporte doloso en la comisión de la extorsión que se le atribuye, y en su lugar concluyó sin exponer ningún razonamiento válido, que por el solo hecho de ser la titular de la cuenta bancaria tantas veces mencionada, era en consecuencia responsable del delito.

3.2. Resolución en casación de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala

Expediente número 1531-2015, sentencia de casación del 9/5/2016.

En este caso se establece que los procesados participaron en la comisión del ilícito al haber sido depositado en sus respectivas cuentas bancarias el dinero producto de la extorsión, dicha acción no se constituye únicamente como un simple suministro de medios para la comisión del ilícito, lo que excluye el grado de

complicidad de los mismos; por el contrario, de lo acreditado se desprende que fue una parte esencial del delito imputado, conducta que aunque no aparece en los verbos rectores típicos legalmente establecidos del delito de extorsión, se determina que fueron actos sin los cuales el ilícito no se hubiere podido cometer, pues sin la cooperación en la ejecución de la fase de recepción del dinero producto del hecho delictivo, el mismo no hubiere ocurrido, de allí su relevancia y encuadramiento en el numeral 3o. del artículo 36 del Código Penal, razones por las cuales se determina [...]

Se establece que la Corte deja de considerar varios aspectos relativos a la teoría del delito y que forman parte de los postulados generales que la doctrina ha definido a través del tiempo.

Conclusiones:

1. Se dejó de tomar en consideración que la doctrina ha fijado tres requisitos para que se dé la coautoría, cuando concurre la división del trabajo, el acuerdo de voluntades y el dominio funcional del hecho, como requisitos fundamentales. La acusada carecía del dominio del hecho porque no tenía dominio funcional, su actuar dependía y se acomodaba al actuar de quien ostentó la iniciativa criminal, es decir el negociador. No se consideró que la acusada era una de varias personas, a quienes se les efectuaron depósitos. Resulta interesante que determinar la esencialidad del acto queda al libre arbitrio de los jueces, ya que como se analizó arriba ni la ley ni la Corte Suprema han fijado criterios claros al respecto.

2. En ninguna parte de la resolución analizan la concurrencia del elemento subjetivo del delito, en sus aspectos cognitivo y volitivo.
3. Se determina responsabilidad penal únicamente por ser titular de la cuenta bancaria, sin comprobar la concurrencia del dolo en la comisión del delito, tal y como lo hace la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

Referencias bibliográficas

- Bacigalupo, Enrique. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Temis S.A.
- Bacigalupo, Enrique. (1999). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi SRL.
- Chamalé Véliz, P. (2006). *El error penal como causa de inculpabilidad*. (Tesis de licenciatura). Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Congreso de la República de Guatemala. (Agosto de 2018). Iniciativa de ley que dispone aprobar el Código Penal. Recuperado en marzo de 2020, de https://www.congreso.gob.gt/assets/uploads/info_legislativo/iniciativas/1542041414_5494.pdf
- Corte Suprema de Justicia (2015). Criterios jurisprudenciales en materia penal. Guatemala: Organismo Judicial.

- De Miranda Vásquez, Carlos. (2011). *Indicios para la prueba del dolo en el proceso penal*. Recuperado de <https://www.esade.edu/itemsweb/research/ipdp/162Probatica.pdf>
- Díaz y García Conlledo, Miguel. (2008). Autoría y participación. *Revista de estudios de la justicia*. Revista de estudios de la justicia. Recuperado de <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15219/15631>
- Di Biase, Marcelo. (2012). *Autoría y participación criminal: ¿Queda un largo camino por recorrer?* Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/07/doctrina34314.pdf>
- Donna, Edgardo. (2002). *La autoría y la participación criminal*. (2.^a ed.). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Girón Palles, J. G. (2013). *Teoría del Delito*. Guatemala: Instituto de la Defensa Pública Penal.
- González C., Eduardo. (2003). *Apuntes de derecho penal guatemalteco*. (2.^a ed.). Guatemala: Fundación Myrna Mack.
- Plascencia Villanueva, Raúl. (2004). *Teoría del Delito*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Roxin, Claus. (1970). *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*. Buenos Aires: Pannedille.
- Sánchez, J. R. (2014). *La autoría y la participación en el delito*. Lima, Perú: [s.e.]
- Zaffaroni, Eugenio R. (2002). *Derecho penal parte general*. (2.^a ed.). Buenos Aires: Ediar.
- (2000). *Diccionario Manual de la lengua española VOX*. Barcelona: Larousse.



Rehabilitación y reincidencia: ¿Pueden coexistir en un mismo ordenamiento jurídico?

Lic. Diego Adolfo Cárdenas Dueñas

“El proceso no termina nunca. El imputado continúa siendo imputado por toda la vida. ¿No es un escándalo también esto? Nada menos que una confesión de la impotencia de la justicia”.

F. Carnelutti. Las miserias del proceso penal

La ley adjetiva penal regula como el último de los fines del proceso penal la ejecución de la sentencia, pero no regula nada sobre los fines de la pena. Las teorías retributivas nos indican que el fin de la sanción es compensar la infracción a la norma penal, caso contrario las teorías relativas exponen que el fin positivo especial es la readaptación y resocialización del condenado. Sin embargo, al finalizar el cumplimiento de la pena el condenado se encuentra sujeto a innumerables consecuencias desocializadoras y estigmatizantes; estas deben evitarse a través de la rehabilitación, pero resulta imposible cuando es el mismo ordenamiento jurídico el que obstaculiza al imputado su reincorporación a la sociedad tratándolo como reincidente o delincuente habitual. Reincidencia, habitualidad y la institución de la rehabilitación coexisten actualmente en nuestro ordenamiento jurídico, pero su aplicación práctica hace

imposible su mutua existencia. El presente artículo pretende ahondar en los fundamentos teóricos, jurisprudenciales y de aplicación judicial de estos institutos penales.

Palabras clave

Pena – readaptación – resocialización – rehabilitación – autor – acto – garantías- coexistir

I. Fines del proceso penal

El proceso es una institución jurídica creada con el objetivo de dar solución a conflictos sociales o particulares a través de la aplicación del Derecho, lo que implica que su desarrollo también está regulado por el ordenamiento jurídico, de tal cuenta que al finalizar se tenga la certeza por parte de todos los intervinientes que se actuó debidamente, lo más apegado a la justicia y en estricto respeto de los derechos de las personas interesadas.

En lo que respecta al proceso penal su principal objetivo consiste en otorgar al Estado los instrumentos necesarios para sancionar vulneraciones a bienes de relevancia social: como la vida, la salud, la integridad, régimen jurídico familiar, entre otros. Además del objetivo mediato de garantizar la debida restauración y reparación de esos bienes tutelados al estado en el cual se encontraban antes del daño. Sin embargo, previo debe de investigarse la existencia del hecho denunciado, así como indagar sobre los posibles responsables, tal como lo establece el artículo 5 del

Código Procesal Penal¹, garantizando resolver las legítimas pretensiones de todos los sujetos procesales. Todo lo anterior a través de la aplicación del Derecho Penal sustantivo y el Derecho Penal adjetivo.

Desde la perspectiva del imputado, sin embargo, puede tornarse diferente. Para él constituye un largo camino repleto de abogados, fiscales, jueces, querellantes, términos jurídicos, plazos, peticiones, acciones, escritos, que en la mayoría de los casos no comprende en su totalidad. Terminado el proceso, si se le declara responsable de la realización de conductas delictivas se le sancionará y deberá de purgar la pena en un centro de detención para cumplimiento de condena. Pero aun finalizada la pena, se preguntará cuál fue el objetivo de la existencia del proceso y qué se pretendía con la pena, es decir, qué espera el Estado de él con posterioridad al cumplimiento de la sanción.

II. Consecuencias de la sanción penal

La emisión de una sentencia de carácter condenatorio acarrea varias consecuencias, dentro de las cuales se encuentra la imposición de penas principales o accesorias, dependiendo del delito cometido y el criterio del órgano jurisdiccional: prisión, arresto, multas, comiso, publicación de sentencia, inhabilitación absoluta o especial, entre otras reguladas en los artículos 41 y 42 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República. Pero también implica el registro de antecedentes penales,

1 Artículo 5.- Fines del proceso. (Reformado por el Artículo 1 del Decreto 7-2011 del Congreso de la República.) El proceso penal tiene por objeto la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido; el establecimiento de la posible participación del sindicado; el pronunciamiento de la sentencia respectiva, y la ejecución de la misma. La víctima o el agraviado y el imputado, como sujetos procesales, tienen derecho a la tutela judicial efectiva. El procedimiento, por aplicación del principio del debido proceso, debe responder a las legítimas pretensiones de ambos.

registro en la base de datos del Ministerio Público, suspensión de derechos políticos, inhabilitación para ejercer la profesión cuando esta constituya un medio para cometer el delito, inhabilitación para optar a cargos públicos cuando se trate de delitos contra la administración pública o de justicia, y en casos especiales el comiso de objetos o la anotación en documentos.

Asimismo, cuando la sentencia se encuentra firme el condenado no podrá ser tratado de nuevo como “delincuente primario”, sino que ante eventuales nuevos procesos penales obtiene el estatus de reincidente o delincuente habitual, lo cual influye en aspectos procesales como el otorgamiento de medidas de coerción sustitutivas de la prisión preventiva, la imposibilidad de conmutar penas privativas de libertad, no contar con los beneficios de sustitutivos penales como la suspensión condicional de la ejecución de la pena, libertad condicional o perdón judicial, y también el aumento de la pena mínima de prisión de conformidad con el artículo 65 del Código Penal, aunque este último aspecto fue superado por la doctrina legal emitida por la Corte de Constitucionalidad².

Es decir, la sanción penal influye sobre la persona de manera física, material o tangible –privación de libertad-, sobre su patrimonio –multas o conmutas de privación de libertad-, pero, también sobre su “vida jurídica” o sobre algunas manifestaciones del estado civil³ –suspensión de derechos políticos, inhabilitación para ejercer profesiones o desempeñar cargos

2 Consúltense los expedientes: 1251-2019, 4628-2018, 2805-2017 y 4611-2016 de la CC.

3 Entendiéndose como tal lo manifestado por Puig Peña, citado por Carlos Vásquez Ortiz: “El estado civil es la cualidad personal dependiendo de la realidad natural (manera de ser) o social (manera de estar) y determinante de la capacidad de obrar general y del ámbito de poder y responsabilidad de la persona” (Vásquez Ortiz), es decir, la manera en la que la persona se identifica frente al Estado y demás personas, siendo un atributo de la personalidad jurídica.

públicos, reincidencia, habitualidad -. Por lo tanto, resulta menester para todos los sujetos procesales y, más aún, para el condenado, preguntarse por la naturaleza jurídica de la pena, su razón de existir en el ordenamiento jurídico y qué se pretende con su aplicación.

Doctrinariamente existen diversas teorías que se esfuerzan por dar sentido a la pena, dentro de las cuales se encuentran las teorías absolutas o retribucionistas, y las teorías relativas o utilitaristas, por mencionar las que más auge han tenido en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

III. Teorías que explican los fines de la pena

1. Teorías absolutas o retribucionistas: quienes postulan esta teoría establecen que la pena no debe tener otro fin más que sancionar al infractor de la ley penal, no pretende otro objetivo más que imponer la sanción y que esta sea purgada por el responsable.

(...) son aquellas que, basándose en una concepción de justicia material, conciben la pena como “retribución por el mal causado”, y rechazan la búsqueda de fines fuera de la propia norma, por considerar que éstos lesionan la dignidad del ser humano. La idea del libre arbitrio, o libertad de voluntad humana –de los clásicos-, es la clave en esta concepción sobre el fin de la pena” (Madrazo Mazariegos & Madrazo Mazariegos, 2008, p. 33).

Estas teorías se preocupan más por la búsqueda del fundamento de la pena que de su utilidad social. Por lo tanto, a lo largo de su

vigencia se desarrollaron teorías retribucionistas de rasgos divinos, jurídicos o éticos, dependiendo de las normas que se postulaban como infringidas: las leyes de Dios, las leyes de los hombres o las leyes morales. El responsable vulneraba la ley y el Estado lo sancionaba por su incumplimiento.

2. Teorías relativas o utilitarias: en contraposición con lo sostenido por los defensores de las teorías absolutas, los autores utilitarios manifiestan que la pena debe ser más que la mera y llana sanción al infractor de las normas penales y, por lo tanto, debe aspirar a que su imposición sirva de motivación a la comunidad y al individuo sobre conductas que no deben realizarse porque merman la cohesión y coexistencia pacífica de los individuos en sociedad. Asimismo, la pena debe ser el medio para que el delincuente regrese a la sociedad como un ser útil, reeducado, readaptado y resocializado para garantizar el bien común.

Los autores Madrazo Mazariegos (2008) mencionan al respecto: “Consideran y justifican la pena como un medio para la prevención de futuros delitos, orientándola hacia el futuro, y siendo su fin primordial el de prevenir aquellas conductas que alteran la convivencia social, para, de este modo, contribuir al mantenimiento de la paz en la comunidad, que, a diferencia del carácter absoluto de la justicia, es algo determinado históricamente y, por lo tanto, relativo; de ahí su calificación como tales” (p. 44).

Posteriormente se postuló la prevención general (positiva y negativa) y la prevención especial (positiva y negativa) como fines de la pena.

La prevención general positiva hace referencia a que, a través de la pena, los ciudadanos confiarán en las instituciones de justicia y que esta es el mecanismo idóneo para garantizar la convivencia pacífica en sociedad. La prevención general negativa postula que el fin de la pena es amenazar y coaccionar a todos los ciudadanos para que conozcan las consecuencias de obrar contrario a Derecho. Prevención especial positiva, postula que el fin de la pena es que el condenado utilice la sanción como un mecanismo para reeducarse, readaptarse y resocializarse, volviéndose útil para la comunidad. Según la prevención especial negativa la pena es un mecanismo utilizado por el Estado para erradicar a los delincuentes.

IV. Finalidad de la pena con base en el ordenamiento jurídico guatemalteco

El ordenamiento jurídico guatemalteco toma la postura de las teorías relativistas o utilitaristas, en cuanto a considerar que la pena debe de tener fines y estos ser útiles hacia el futuro. Para el efecto, el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: “El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir con el tratamiento de los mismos (...)”. Asimismo, la Corte de Constitucionalidad en sentencia de fecha once de febrero del año dos mil quince dentro del expediente 3624-2014, estableció: “(...) Estos fines concretos son, en esencia, los principios rectores que en el sistema jurídico nacional han de regir el ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado; de esa cuenta (...) la pena, (...) debe perseguir como fin último la resocialización de quien ha cometido el ilícito, buscando impedir que incurra nuevamente en la conducta sancionada”.

Lo anterior sirvió de base para la instauración del sistema penitenciario a través del Decreto 33-2006, Ley del Régimen Penitenciario, como ente rector del cumplimiento de los fines de la pena, lo cual se realiza a través de la implementación del programa de “régimen progresivo” que se encuentra conformado por cuatro fases: 1. Diagnóstico y ubicación; 2. Tratamiento; 3. Prelibertad; y 4. Libertad controlada.

V. Duración de la pena

La sanción para el condenado durará el tiempo establecido por el órgano jurisdiccional al emitir la sentencia, teniendo como base el intervalo de mínimos y máximos establecidos por el tipo penal. También el artículo 65 del Código Penal⁴ establece la forma en que deberá graduarse la duración de la sanción; así, por ejemplo, existirán sanciones de 2, 5, 15 o 25 años. Sin embargo, esta puede variar en su cómputo definitivo por varias circunstancias, como la privación de libertad del procesado desde el desarrollo del proceso, la conmutación de penas privativas de libertad, la aplicación de sustitutivos penales como suspensión condicional de la ejecución de la pena, perdón judicial o libertad condicional. Por lo tanto, el artículo 494 del Código Procesal Penal⁵ establece que una vez firme la

4 Artículo 65. Fijación de la pena. 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

5 El juez de ejecución revisará el cómputo practicado en la sentencia, con abono de la prisión sufrida desde la detención y determinará con exactitud la fecha en que finaliza la condena y, en su caso, la fecha a partir de la cual el condenado podrá requerir su libertad condicional o su rehabilitación.

sentencia el órgano jurisdiccional de ejecución deberá realizar el cómputo definitivo, estableciendo la fecha de finalización de la condena y el tiempo en el cual el condenado podrá solicitar su rehabilitación.

Finalizada la ejecución de la pena, el condenado se encuentra con la sorpresa que no han cesado todas las consecuencias de la misma. Que si bien cumplió a cabalidad con las sanciones impuestas y retornó reeducado, readaptado y resocializado a la comunidad, su estatus jurídico o estado civil no lo refleja. La persona aún se ve afectada por el registro de antecedentes penales, registro en la base de datos del Ministerio Público, suspensión de derechos políticos, inhabilitación para ejercer la profesión, inhabilitación para optar a cargos públicos, lo cual genera consecuencias muchas veces peores: estigmas sociales, prejuicios, limitaciones, restricciones, agravantes. Entonces, resulta que la duración de la sanción penal puede extenderse más del cómputo definitivo establecido por el órgano jurisdiccional de ejecución, pero, que en ningún caso deberían de constituir penas perpetuas para el individuo.

Entonces, ¿a través de qué mecanismo se habilita el estatus jurídico de la persona condenada, eliminando todo efecto o consecuencia de la sanción penal ya cumplida? El ordenamiento jurídico guatemalteco instauró la institución jurídica de la rehabilitación. Porque si bien es cierto, el condenado ya fue rehabilitado, readaptado y resocializado en aspectos de la vida material, física o tangible (mentales y corporales), resulta que no ha sido habilitado nuevamente en la “vida jurídica”, en donde continúa

sufriendo las consecuencias de una sanción ya cumplida, por ejemplo, al ser tratado como reincidente o delincuente habitual.

VI. Rehabilitación

El jurista Francisco Javier Muñoz Cuesta (1985) menciona: “Es necesario que exista la institución de la rehabilitación para que el delincuente que ha «pagado» su acción criminal pueda reinsertarse plenamente en la sociedad y desarrolle una vida en armonía con los demás miembros de la misma. Creemos que es de justicia que una vez extinguida la pena no permanezcan indefinidamente los efectos de la misma, esos antecedentes penales que tanto perjudican, los que una vez cancelados abrirán nuevos horizontes a la persona que los ha tenido” (p. 5).

La institución jurídica de la rehabilitación tiene fundamento en el artículo 501 del Código Procesal Penal⁶ y su objetivo es volver a habilitar al condenado en todos los derechos, garantías y atribuciones que le corresponden como ser humano, persona y ciudadano de un Estado. Para su aplicación es necesario que se compruebe que la persona cumplió con la pena impuesta y, por lo tanto, se encuentra reeducado, readaptado y resocializado. La rehabilitación como institución jurídica no es la simple y llana “limpieza de antecedentes penales” como es conocido coloquialmente, es decir, no es solamente borrar registros de un documento, sino implica la rehabilitación de todos los derechos y garantías. Por lo tanto, la simple

⁶ Artículo 501. Rehabilitación. El inhabilitado podrá solicitar su rehabilitación por escrito, ofreciendo la prueba en que funda su pretensión. La solicitud se tramitará en forma de incidente. Decidida la rehabilitación se practicarán las comunicaciones que correspondan.

eliminación de registros en un documento no es más que un efecto de la rehabilitación, no su objeto.

La Corte de Constitucionalidad en sentencia de fecha once de enero del año dos mil diecisiete, dentro del expediente 4873-2014 se ha pronunciado al respecto, estableciendo:

Por otro lado, es de notable importancia hacer alusión al yerro en el que en múltiples ocasiones incurre la sala reprochada, en cuanto constantemente alude a la “rehabilitación de los antecedentes penales”, entendiéndolo que se refiere a la cancelación del registro de tales antecedentes. En todo caso, debe aclararse que la “rehabilitación” de los derechos limitados por el sentenciante (sic) conlleva la consecuente cancelación del registro de antecedentes penales (...)

Por la importancia de la misma, esta no comporta un mero trámite ante una dependencia administrativa, sino que es declarada por un órgano jurisdiccional que en audiencia y con intervención de todos los sujetos procesales deberá de verificar la concurrencia de los requisitos para rehabilitar a la persona en todos sus derechos y garantías. En Guatemala, el proceso de rehabilitación es conocido por los juzgados de ejecución a través de la vía de los incidentes, con intervención de todos los sujetos procesales. A partir del momento en que cause firmeza la resolución del órgano jurisdiccional, el sujeto debe encontrarse ante la sociedad para empezar de nuevo y desde cero, provocando que la sociedad olvide

que alguna vez fue procesado y condenado por la comisión de un acto delictivo y, por lo tanto, ese estatus jurídico previo a la rehabilitación no debe de perjudicarle nunca más: no debe ser tratado como reincidente o delincuente habitual. Si en dado caso la persona es sindicada de la comisión de un nuevo acto delictivo debe ser tratado de manera que se respeten todos los derechos y garantías que le asisten a cualquier persona que se ve inmersa en un proceso penal por primera vez.

Mencionado lo anterior, en la práctica judicial eso no sucede porque nuestra legislación es la primera en impulsar estos mecanismos desocializadores, discriminatorios y estigmatizantes. No puede pretenderse que la sociedad lo vea como una persona nueva si el mismo Estado y las leyes guatemaltecas impulsan que no sea de esa manera, con instituciones como la reincidencia y la habitualidad, mismas que se encuentran vigentes y son permanentemente aplicadas por los jueces. Guatemala, desde el año 1992 a través de la aprobación, sanción y promulgación del Decreto 51-92 del Congreso de la República, procuró ingresar al sistema acusatorio de enjuiciamiento penal en donde como característica principal se instauró el derecho penal de acto y no de autor. Sin embargo, muy difícilmente puede considerarse al proceso penal guatemalteco como estrictamente acusatorio, en virtud de que existen aún rezagos del viejo sistema inquisitivo, en donde se juzgaba a las personas por lo que son y no por lo que hacen.

La moderna ciencia penal ha excluido las instituciones de la reincidencia o habitualidad dentro de los sistemas de enjuiciamiento. Claus Roxin

(1997) argumenta al respecto: “Pese a todos los esfuerzos por darle una fundamentación distinta sólo se podía explicar partiendo de la admisión de una culpabilidad por la conducción de la vida y por tanto era inconciliable con el principio de culpabilidad por el hecho; pues bien, tal precepto fue derogado, bajo la presión de la crítica contra el mismo, por la 23.* StrÄG de 13-4-1986. Y de tal decisión legislativa cabe deducir que también hay que dar preferencia en los demás terrenos a las interpretaciones propias del Derecho penal del hecho frente a las interpretaciones eventualmente posibles en el sentido del Derecho penal de autor (...)” (p. 186)

Enrique Bacigalupo (1999) por su parte indica: “La reincidencia es una circunstancia agravante que no resulta explicable por una mayor culpabilidad por el hecho cometido (...) La repetición del comportamiento delictivo tiene un significado de sintomatología caracterológica. Es indicativa de la tendencia del autor y, por lo tanto, de su peligrosidad” (pp. 164 y 165). Sin embargo, el ordenamiento jurídico guatemalteco aún regula la reincidencia y habitualidad como parámetros para la imposición de la sanción penal y restricción de beneficios procesales.

Por lo anterior, entonces, es menester preguntarse: ¿En un mismo ordenamiento jurídico resulta permisible la coexistencia de instituciones como la reincidencia y habitualidad, por un lado, y la rehabilitación por otro?, ¿no son acaso incompatibles entre sí, a tal magnitud que la existencia de una excluye la existencia de la otra?, ¿la reincidencia no es acaso un obstáculo a la rehabilitación plena del condenado?

Las dudas anteriores se agravan con la lectura de algunos artículos de la legislación sustantiva penal de Guatemala, como lo es el artículo 27 numeral 23 del Código Penal que establece: “Reincidencia. La de ser reincidente el reo. Es reincidente quien comete un nuevo delito después de haber sido condenado, en sentencia ejecutoriada, por un delito anterior cometido en el país o en el extranjero, haya o no cumplido la pena” (negrita son propias del autor). Es decir, aun cuando el condenado cumpla con la pena impuesta, según nuestra legislación, seguirá perpetuamente sufriendo las consecuencias de la misma, constituyéndose de esta manera en una sanción permanente, nada más contrario a un derecho penal de garantías.

Los órganos jurisdiccionales al resolver en casos concretos declaran que aun cuando la persona condenada hubiese sido rehabilitada por el juzgado de ejecución correspondiente, resulta que siempre será tratado como reincidente por la razón que no importa si ha cumplido o no con la pena, al tenor del artículo 27 numeral 23 citado. La Unidad de Antecedentes Penales de la Corte Suprema de Justicia del Organismo Judicial al extender constancia de carencia de antecedentes penales a instituciones como el Ministerio Público, Organismo Judicial o al Instituto de la Defensa Pública Penal, la emite haciendo constar todos los registros que le aparecen a la persona sobre procesos penales anteriores, con una pequeña anotación al final en la que se consigna que fue rehabilitada, pero que los registros se consignan con el objeto de que los órganos jurisdiccionales los tomen en cuenta para efectos de reincidencia o habitualidad. Entonces, ¿cuál fue

el objetivo de la rehabilitación si se le sigue tratando como delincuente sufriendo las consecuencias de una pena ya cumplida?

Más grave resultan aquellos casos en los cuales la reincidencia o habitualidad se declaran teniendo como base el registro de salidas procesales emitido por la Fiscalía de Ejecución del Ministerio Público, en virtud de que estos son registros netamente internos de la institución y pretenden sobreponerlos a la información proporcionada por la constancia de carencia de antecedentes penales emitida por la Unidad de Antecedentes Penales del Organismo Judicial.

Respecto a este tema, la Corte de Constitucionalidad en sentencia de fecha dieciocho de noviembre del año dos mil diez, dentro del expediente 2517-2010 se ha pronunciado de la siguiente manera:

Como consecuencia del análisis del acto reclamado, esta Corte advierte, del caso sometido a consideración, que aunque el reo cumpla la pena impuesta o sea extinguida por otra causa, sigue estando sometido a un efecto de la pena: los antecedentes penales, estos suponen la inscripción en el registro respectivo, y cumplen una doble función, permiten establecer la concurrencia del agravante de reincidencia y la denegación de medidas sustitutivas de prisión, pero constituyen también un obstáculo para la reinserción social, con el objeto de limitar estos efectos negativos para el condenado, la ley prevé que puede obtener su cancelación denominada en nuestro Código Procesal Penal, como rehabilitación, siguiendo

el incidente respectivo de acuerdo a la ley, logrando con ello el condenado su redención moral y su integración a la vida social con plenitud de sus derechos (...)"'. (negritas no constan en el documento original)

Pero, los órganos jurisdiccionales ordinarios de primera y segunda instancia parecieran desconocer en muchos casos la moderna doctrina penal y la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte de Constitucionalidad. Si bien es cierto, el afectado puede interponer las impugnaciones y acciones correspondientes, es sabido que las mismas pueden tardar meses o incluso años para su resolución ante los tribunales superiores.

La Corte Suprema de Justicia a través de la Cámara Penal (2016) ha establecido:

La agravante de reincidencia forma parte del conjunto de normas que generan una consecuencia jurídica más grave, que se sustenta en la circunstancia de que la persona con anterioridad haya sido condenada o sufrido pena por otro delito, y se encuentra establecida como agravante general en el artículo 27 numeral 23 del Código Penal. La teoría jurídico penal argumenta que cuando se justifica la situación de reincidencia para agravar la pena, sobre la base de un mayor injusto del hecho, se deja por un lado el concepto de bien jurídico como base del principio de ofensividad y pilar del derecho penal de garantías. Además, se vulnera el principio de *ne bis in idem* al sancionar más de una vez un mismo hecho, puesto que

un delito anterior que ya fue sancionado en su momento volvería a sustentar la imposición de una nueva pena. Asimismo, se puede considerar que al aplicar la reincidencia se apela al concepto de culpabilidad del autor, discurso jurídico penal que pretende justificar la sanción del sujeto por lo que es y no por lo que hizo, lo que vulnera el principio fundamental que permite construir un derecho penal de garantías (p. 4).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado al respecto en el caso Pollo Rivera y otros vs. Perú, sentencia de veintiuno de octubre de dos mil dieciséis que indica:

248. El artículo 9 de la Convención Americana establece que ‘nadie puede ser condenado por acciones u omisiones’, es decir que sólo puede ser condenado por ‘actos’. El derecho penal de ‘acto’ es una elemental garantía de todo derecho penal conforme a los derechos humanos. Precisamente, ante las aterradoras consecuencias del desconocimiento de esta premisa básica de los derechos humanos es que éstos comienzan su desarrollo a partir de 1948. El derecho penal conforme a todos los instrumentos de derechos humanos rechaza frontalmente el llamado ‘derecho penal de autor’, que considera a la conducta típica sólo como un signo o síntoma que permite detectar a una personalidad o carácter, ampliándose incluso a actos atípicos, siempre que se considere que cumplen la misma función de señalación subjetiva. 249. El derecho penal ‘de autor’ ha seguido diferentes caminos, siendo uno de ellos el de la

llamada ‘peligrosidad’, que no tiene vinculación con el presente caso y que ha sido rechazado por esta Corte [...]

Es por ello que modernamente la reincidencia y habitualidad no tienen más cabida en las legislaciones penales y procesales modernas. Estas instituciones han quedado vacías de contenido ante la existencia de la institución de la rehabilitación. Por lo tanto, la reincidencia y habitualidad deberían de ser expulsadas del ordenamiento jurídico guatemalteco, por ser manifestaciones del sistema inquisitivo de Derecho Penal del autor y evitar de esta manera que los órganos jurisdiccionales ordinarios continúen aplicándolos en la ponderación de la pena o para la denegatoria de beneficios penales como medidas de coerción y sustitutivos de la pena; resulta evidente que son las dos únicas funciones que desarrollan la reincidencia y habitualidad actualmente en el ordenamiento jurídico guatemalteco. Ahora, si se reconoce utilidad a la reincidencia y habitualidad, la rehabilitación quedaría vacía de contenido, haciendo que el condenado sufra las consecuencias perpetuas de una sanción penal.

Ante la pregunta de si la resolución de rehabilitación de los juzgados de ejecución es de naturaleza declarativa o constitutiva, se considera que es la primera de ellas, en virtud de que el proceso de readaptación, resocialización y reeducación ya fue completado al cumplir la pena y lo único que realizan los jueces de ejecución es declarar el cumplimiento de la sanción y que se tenga por rehabilitado en todos sus derechos.

En síntesis, la rehabilitación y reincidencia no pueden coexistir en un mismo ordenamiento jurídico, porque atenta contra la coherencia, plenitud

y derivación del mismo, permitiendo que la aplicación de una contradiga el contenido de la otra.

VII. Se ha analizado lo anteriormente escrito por lo que se llega a las siguientes conclusiones

- El sistema penal guatemalteco reconoce como fines de la pena la readaptación social y la resocialización, siguiendo los postulados de la teoría relativa de prevención general y especial.
- La rehabilitación es una institución jurídica que tiene como finalidad el habilitar al condenado en todos sus derechos, garantías y facultades, no solamente borrar registros de un documento como los “antecedentes penales”.
- La reincidencia y habitualidad se fundamentan en los postulados del Derecho Penal de autor, por utilizar parámetros de la personalidad del agente y no sobre su culpabilidad en los actos realizados.
- Tanto la reincidencia como la habitualidad son parámetros que contradicen los fines de la rehabilitación, ambas no pueden existir en un mismo ordenamiento jurídico.
- Resulta menester expulsar del ordenamiento jurídico guatemalteco la reincidencia y habitualidad como parámetros para aumentar la pena o limitar beneficios procesales, pues vulneran derechos y garantías constitucionales.
- Los órganos jurisdiccionales ordinarios aplican los parámetros de reincidencia y habitualidad por estar vigentes y regulados en la legislación sustantiva y procesal, en inobservancia de la tendencia de los tribunales superiores, promoviendo la mora judicial y obstáculo a la certeza jurídica.

Referencias bibliográficas

Bacigalupo, E. (1999). *Principios Constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi SRL.

Konrad Adenauer Stiftung. (2017). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Guatemala: Kamar.

Madrazo Mazariegos, D., & Madrazo Mazariegos, S. (2008). *Teoría de la pena: utilidad y realidad*. Guatemala: Magna Terra Editores.

Poroj Subbuyuj, O. A. (2013). *El proceso penal guatemalteco*. Guatemala: Editorial Simer.

Vásquez Ortiz, C. (s.f.). *Derecho Civil I: De las personas y el matrimonio*. Guatemala. (s.e.)

Roxin, C. (1996). *Derecho Penal. Parte General*. (Vol. I). Alemania: Civitas.

Zaffaroni, E. R. (2017). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Ar S.A.

Sitios web

Camacho, M. (2020, 15 de junio). *Criterios de criminalización y discriminatorización*. Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/19706796.pdf>

Flores, J. (2020, 15 de junio). *Análisis de la exigencia de requisitos por parte de los juzgados de ejecución penal en la rehabilitación de antecedentes penales del individuo*. Recuperado de: <http://recursosbiblio.url.edu.gt/publicjlg/Tesis/2006/07/01/floresjessica.pdf>

Grosso, M. (2020, 16 de junio). *Los antecedentes penales: rehabilitación y control social*. Recuperado de: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1984-10025400256

Ministerio de Justicia (2020, 17 de junio). *La rehabilitación social en el contexto latinoamericano*. Recuperado de: https://issuu.com/ministeriodejusticia/docs/libro_la_rehabilitacion_social_en_00c55f4d6f52f4

Muñoz, F. (2020, 16 de junio). *La garantía postdelictual o rehabilitatoria*. Recuperado de: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicacionesInstLibraryDoctrinalStudies/1985_1376.pdf

Legislación

Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José, Costa Rica.

Asamblea Nacional Constituyente. (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (1973). Decreto 17-73. *Código Penal*. Publicado en el Diario de Centroamérica el 30 de agosto de 1973. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (1992). Decreto 51-92. *Código Procesal Penal*. Publicado en el Diario de Centroamérica el 14 de diciembre de 1992. Guatemala.



La tutela judicial efectiva: un derecho humano y una garantía procesal

M.Sc. Dalia Lucila López Gómez

1. La tutela judicial efectiva

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende la garantía fundamental de toda persona vinculado a la obtención de la justicia a través de un proceso judicial, es decir, el derecho que se tiene no solo de acudir, sino de actuar ante cualquier institución o instancia del país para ejercer la defensa y protección de sus derechos e intereses, cuando considere que se encuentran en peligro o han sido lesionados. Esto incluye el acceso a los tribunales de justicia de cualquier instancia o materia, ante quienes se puede presentar cualquier solicitud, la cual no puede ser ignorada, sino por el contrario deberá ser tramitada y resuelta fundadamente en las formas y plazos que la ley establezca.

En Guatemala, el poder público está reservado para el Estado y constitucionalmente se ha delegado la administración de justicia al Organismo Judicial, quien tiene la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, tal como está plasmado en el artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, es decir que, a través

del ejercicio de la función jurisdiccional, se pone a disposición de los ciudadanos el proceso judicial como el medio idóneo para la defensa y protección de sus derechos.

De conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española (2014), la tutela judicial está definida como: “Protección de los derechos de las personas dispensada por jueces y tribunales”; sin embargo, es pertinente complementar dicha descripción, señalando que dicha protección debe ser efectiva para la obtención de la justicia, lo que implica que dicha tutela debe ser palpable y evidente, consecuentemente debe ser eficaz.

En los procesos judiciales y en específico en los procesos penales siempre existen dos partes, la persona sindicada y la víctima y/o agraviado, sin dejar de mencionar al Ministerio Público como ente encargado de la acusación, por lo tanto, es una tarea muy complicada definir qué es justicia, porque cada individuo tiene una percepción muy personal y subjetiva de lo que entiende por justicia y generalmente las pretensiones de cada sujeto procesal no coinciden entre sí, por lo que se considera que la definición más objetiva es la que establece el Diccionario de la Real Academia Española (2014): “Una de las virtudes cardinales de dar a cada uno lo que le corresponde o le pertenece...”, asociándola a otros términos como “derecho, razón y equidad”.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha manifestado en varias sentencias, principalmente en la sentencia del 24 de septiembre de 2014 dictada dentro del expediente número 1215-14; asimismo, en la sentencia

del 19 de octubre de 2015 dentro del expediente número 2734-14; y en sentencia del 7 de junio de 2016 dentro del expediente número 1369-2015, que la tutela judicial efectiva no constituye solo un derecho sino que el mismo implica garantías procesales y refiere que los jueces o tribunales de justicia tienen la obligación de emitir resoluciones fundadas en derecho, reconociendo que es procedente acudir a la vía de amparo cuando sea necesario que se efectúe el análisis de resoluciones a las que se les reprocha una evidente inobservancia del debido proceso establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala. Así, señalan que:

(...) el derecho a la debida tutela judicial consiste en la garantía de acceder en condiciones de igualdad a los tribunales de justicia, con el objeto de solicitar de estos la reivindicación (tutela) de derechos e intereses legítimos. El derecho a la debida tutela judicial se da por medio de un debido proceso, que debe culminar con la emisión de una decisión judicial que resuelva la viabilidad o inviabilidad de la pretensión deducida; mediante este, el justiciable puede obtener, de manera legítima, una resolución judicial que dé respuesta al fondo del asunto, misma que para ser válida constitucionalmente y no incurrir en arbitrariedad, debe emitirse con la pertinente fundamentación jurídica, la debida congruencia de la decisión con lo pedido y aquello que consta en las actuaciones judiciales; la omisión de tales circunstancias genera la violación de ese derecho [...]

La tutela judicial implica, entonces, no solo un derecho humano sino una garantía para los ciudadanos de exigir un claro y transparente actuar de los tribunales en el desarrollo de un debido proceso, es decir, un proceso en el cual se respeten los plazos respectivos y se dictamine conforme a derecho, con base en la verdad y las pruebas presentadas, dictaminando a favor de quien tenga la razón en cada caso juzgado y en el menor tiempo posible, con observancia irrestricta de lo establecido en la Constitución Política de la República, leyes ordinarias y los convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos.

2. Garantías procesales que integran el derecho de la tutela judicial efectiva

Es importante señalar que la tutela judicial efectiva no es exclusiva para el procesado, sino también para la víctima y/o agraviado. Esta última, como sujeto procesal reconocido en el artículo 5 del Código Procesal Penal, el cual establece que tanto el acusado como la víctima y/o agraviado gozan de la tutela judicial efectiva y, en consecuencia, el proceso penal como tal, debe responder a las legítimas pretensiones de ambos.

Entre los derechos y garantías que integran la tutela judicial efectiva se encuentran, principalmente, los siguientes:

2.1. Acceso a los órganos jurisdiccionales

El libre acceso a los tribunales y demás instituciones del Estado constituye la base fundamental que garantiza el derecho a la tutela judicial para todas las personas, ello, debido a que permite iniciar las actuaciones de cualquier

proceso y realizar las peticiones conforme a las legítimas pretensiones de las partes. Es mediante este derecho que se puede lograr la restitución o rehabilitación de lo perdido, haciendo efectivo el derecho a la justicia.

Dicho en otras palabras, es a través del libre acceso a los órganos jurisdiccionales que se permite a los ciudadanos ejercer el derecho a la libertad de locomoción y acudir a cualquier instancia de gobierno a materializar su derecho de petición, porque al iniciar cualquier proceso en tribunales se puede obtener justicia, lo que brinda a la ciudadanía seguridad y certeza jurídica, esto a su vez, permite que exista paz en las relaciones sociales de la comunidad y puede salvar vidas al facilitar la resolución de conflictos de manera pacífica, lo cual mejora la calidad de vida de la población.

De ahí la importancia que tiene el respeto y fiel cumplimiento del libre acceso a los órganos jurisdiccionales, porque no solo se trata de poder llegar a determinado lugar, sino que estando en él se realicen las peticiones que deben ser resueltas de la forma debida y en un plazo razonable, a través de la observancia de una tutela jurídica efectiva por parte del Estado hacia el pueblo guatemalteco, el cual tiene el derecho de exigir que las leyes no solo sean vigentes sino que también positivas.

Todas las personas pueden acudir libremente a tribunales para defender sus derechos, ya sea que pretenda la retribución de algo que se ha perdido, o bien que necesite defenderse de algún señalamiento que se le haya hecho, es decir, que ninguna autoridad podrá negar a la población la atención

a sus peticiones, ya sea como acusador o acusado y, consecuentemente, debe darles el trámite respectivo y la derivación a donde corresponda para que oportunamente se forme el expediente.

Todo funcionario del Estado, principalmente de los órganos jurisdiccionales, ya sean jueces, secretarios, oficiales, notificadores, comisarios, así como los fiscales del Ministerio Público, sus auxiliares y cualquier persona que esté vinculada en el proceso en razón de su puesto, tienen el deber de recibir y dar información de los avances del caso, salvo las excepciones previstas en la ley relativas a la reserva, respetando los tiempos establecidos en la ley y con la mayor prontitud, eficiencia y honestidad posibles.

2.2. Derecho al debido proceso

El derecho a un debido proceso implica la garantía que tiene tanto el procesado como la víctima y/o agraviado a que se cumplan todos los pasos preestablecidos y los tiempos determinados para cada uno de ellos dentro de un proceso penal. Ello ante juez o tribunal competente, es decir, que no se puede juzgar a una persona por un órgano jurisdiccional que no sea previamente creado para tales efectos.

Tal como ya se ha indicado, es en los tribunales de justicia y ante juez determinado por el Estado que se resuelven las disputas entre ciudadanos, así como cualquier acusación hacia una persona. Es importante a este respecto, resaltar que durante la sustanciación del proceso, desde su inicio hasta su finalización, deberán de respetarse todos los requisitos, procedimientos y tiempos establecidos para el efecto y observar todas

las garantías que establecen las leyes ordinarias, la Constitución Política de la República de Guatemala y los convenios y tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, para todos los sujetos procesales sin discriminación alguna.

2.3. Derecho a una resolución fundamentada

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha sostenido de manera reiterada que toda resolución judicial debe estar debidamente fundamentada, con base en las constancias procesales existentes, por lo que se hace oportuno citar las sentencias de fecha 17 de julio de 2013, en el expediente 3349-2012; de fecha 31 de octubre de 2013 dictada dentro del expediente 2237-2013 y de fecha 23 de octubre de 2014 emitida dentro del expediente 3843-2014, en las cuales se puntualiza que una sentencia arbitraria es:

(...) aquella que se dicta mediante el incumplimiento de un mínimo de requisitos jurídicos, que adolece de un error inexcusable y que, en definitiva, comporta la violación de la esencia del orden constitucional. En conclusión, son sentencias que presentan defectos de tal gravedad y que no pueden ser calificadas genuinamente como tales porque quedan descalificadas como actos judiciales. La fundamentación o motivación es un proceso lógico, que sirve de enlace para demostrar que unos hechos inicialmente presuntos han sido realmente realizados, y que conlleva necesariamente a la solución del caso; siendo también, garantía del justiciable que la decisión tomada no lo ha sido de

manera arbitraria. En consecuencia, es obligatorio fundamentar las resoluciones judiciales -no solamente las sentencias- circunstancia que deriva de las garantías del debido proceso, y por ello, en todo acto que afecte derechos fundamentales se debe contar con la debida motivación, de lo contrario se incurriría en arbitrariedad.

La base legal que regula la obligatoriedad de fundamentar toda decisión judicial se encuentra contenida en el artículo 11 Bis del Código Procesal Penal, el cual establece: “Fundamentación: Los autos y sentencias contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión, su ausencia constituye un defecto absoluto de forma”. Es decir, que para dotar de validez una decisión judicial debe contar con este requisito, ya que de no cumplir con dicha disposición se vulnera el debido proceso.

No importa la fase en que se encuentre el proceso ni la naturaleza de la resolución (auto o sentencia), todo juez o tribunal debe indicar con precisión los razonamientos que le indujeron a resolver de la manera que lo hizo, pues la ausencia de este requisito deja en estado de indefensión a las partes, al desconocer las motivaciones que dieron lugar a dicha decisión y constituye un defecto de forma que da lugar a la anulación del acto y, en consecuencia, retrotraer el proceso hasta el momento procesal en donde se produjo el vicio de procedimiento por falta de fundamentación.

2.4. Decisión ajustada a derecho

Para tomar una decisión ajustada a derecho el juez de la causa deberá revisar cuidadosamente el asunto sometido a su conocimiento, y con base

en las facultades otorgadas por la ley deberá observar el derecho y todas las garantías constitucionales y procesales en favor del acusado, sin descuidar los derechos y garantías de la parte agraviada, tomando en cuenta las argumentaciones presentadas por cada abogado, ya sea defensor, fiscal o bien querellante adhesivo, tal como afirma Rolando Alfaro (1998): “Con la ley a la vista, discurrirá según le plazca y discernirá al abogado atinado o descarriado” (pág. 62).

En este sentido, los jueces deben tomar en cuenta la utilización del derecho como base de su resolución, como refiere Rolando Alfaro (1998): “Es el orden jurídico del país el que tiene que suministrar la norma para la toma de decisiones. Pero a veces puede remitirse a un derecho extranjero en asuntos internacionales y, en ocasiones, también en asuntos eclesiásticos puede plantearse la necesidad de atender al derecho no nacional, pero dentro de las normas del derecho legítimo del propio Estado” (pág. 62). El derecho es, por lo tanto, la base donde el juez sustenta la decisión que toma, porque toda decisión que se fundamenta con apego a la ley es justa.

2.5. Derecho a recurrir la decisión judicial

La facultad de recurrir o impugnar una decisión judicial se encuentra regulada en el artículo 398 del Código Procesal Penal, el cual estipula que todas las resoluciones que emitan los jueces en ejercicio de sus funciones pueden ser impugnadas por quienes tengan un interés directo en el asunto, es decir, por el acusado, el agraviado y/o víctima, los querellantes por adhesión, inclusive por el defensor de forma autónoma con relación al

acusado y el Ministerio Público en favor de la persona sindicada, siempre en búsqueda de la justicia.

Lo relevante de la norma relacionada radica en que solo se puede recurrir a través de los recursos previamente establecidos en la ley y en el plazo expresamente señalado para cada medio impugnativo, es así que una vez vencido este, precluye el ejercicio de este derecho.

Como se ha señalado, no solo el procesado tiene derecho a recurrir, sino también la víctima y/o agraviado, aun sin tener la calidad de querellante adhesivo, ya que la ley le reconoce la calidad de sujeto procesal, y como tal goza del derecho de plantear impugnaciones en contra de cualquier decisión judicial que considere le causa agravio, ya que se colige que tiene un interés directo en el asunto, además de ejercer su derecho de igualdad regulado en el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el derecho a recurrir reconocido en los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, aceptados y ratificados por Guatemala.

El derecho a impugnar una decisión judicial constituye también una garantía de seguridad y de certeza jurídica, así como de respeto a los derechos humanos de todos los guatemaltecos, ya que toda sentencia emitida por los tribunales de justicia siempre será favorable para una de las partes y desfavorable para la contraparte, por ello, cuando se estime pertinente que se debe recurrir la decisión, se debe considerar cada una de las acciones reales del caso, de acuerdo a los hechos probados, la

sustanciación del proceso y, sobre todo, conforme a lo establecido en la ley y en la justicia.

2.6. Derecho a ejecutar la decisión judicial

El artículo 156 de la Ley del Organismo Judicial regula lo relativo a la ejecución y señala que: “Debe ejecutar la sentencia el juez que la dictó, en primera instancia. En lo penal se atenderá a lo que preceptúa la ley respectiva”. Se especifica claramente que son los jueces quienes deben hacerse cargo de la ejecución de la sentencia emitida. Esto en primera instancia, donde el propio juez asume la responsabilidad por estar a cargo del proceso y haber dictado dicha sentencia.

En materia penal, como se ha relacionado en los párrafos anteriores se realizará la ejecución del fallo con base en la ley respectiva, a saber, el Código Procesal Penal. En este se contempla la ejecutoriedad en el artículo 493, el cual estipula lo siguiente: “Las condenas penales no serán ejecutadas antes de que se encuentren firmes. A tal efecto, el día en que devienen firmes, se ordenará las comunicaciones e inscripciones correspondientes y se remitirá los autos al juez de ejecución. Cuando el condenado deba cumplir pena privativa de libertad, el juez de ejecución remitirá ejecutoria de fallo, al establecimiento a donde deba cumplirse la prisión, para que se proceda según corresponda. Si estuviere en libertad, ordenará inmediatamente su detención y una vez aprehendido procederá conforme a esta regla”.

Para que una sentencia en materia penal sea ejecutada, primero deberá causar firmeza, esto quiere decir que no exista ningún recurso o acción pendiente de resolver. Ahora bien, en el caso de que cualquiera de los sujetos procesales no esté de acuerdo con la resolución judicial, puede impugnarla en las formas y etapas recursivas correspondientes, sean estos en primera o segunda instancia, lo que provoca que el fallo venido en grado no cause firmeza.

A través de los recursos de apelación especial y el recurso de casación, inclusive la acción de amparo, los guatemaltecos pueden ejercer su derecho a tener procesos justos y claros basados en la correcta aplicación de las leyes y el justo proceder de jueces y tribunales. Ello, sin la restricción a que el condenado pueda acudir al recurso de revisión una vez agotados todos los recursos y que concurran los presupuestos de la ley referidos a la existencia de nuevos hechos, nueva prueba o la entrada en vigencia de una norma que le favorezca.

3. El control de convencionalidad para la aplicación de la tutela judicial efectiva

De conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos, se entiende al control de convencionalidad como aquellos instrumentos internacionales avalados o negociados en materia de derechos humanos, sin importar si son vinculantes o no, porque los primeros codifican o crean obligaciones o deberes legales y los que no son vinculantes hacen recomendaciones acerca de la conducta y políticas públicas que deberían adoptar los Estados, de donde resulta la observancia de los principios

del Derecho Internacional Público, es decir, consiste en: “Efectuar una comparación entre el derecho nacional y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, o de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (García Aguilar, 2014, pág. 31).

Esta comparación debe ser realizada en primera instancia en las instituciones de justicia del propio país y luego se tiene la opción de elevar el caso a las instancias internacionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que sea en esta institución donde se analice el caso y posteriormente emita su resolución sobre el mismo, la cual tendrá repercusiones al sentar precedentes, pues sus sentencias son de carácter obligatorio para los Estados que son parte de estos convenios o tratados.

En el país, la ley suprema es la Constitución Política de la República de Guatemala que, como se anotó en párrafos anteriores, regula la tutela judicial efectiva en varios de sus postulados, que aunque no lo exprese taxativamente se encuentran inmersos en ella, en donde entre otros derechos se reconoce el derecho de petición, el derecho de acceso a la justicia, el derecho de defensa; de igual manera el Código Procesal Penal reconoce derechos y garantías tanto para el acusado como para la víctima y/o agraviado, no obstante ello, resulta imperativo hacer uso del control de convencionalidad para que la tutela judicial realmente sea efectiva, tanto en las peticiones que se formulen a la autoridad como al momento de dictar las resoluciones.

Entre los principales convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos que han sido aceptados, firmados y ratificados por el Estado de Guatemala, en los cuales se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, se encuentran los siguientes:

La Declaración Universal de Derechos Humanos se adoptó a través de la resolución 217A de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Esta, en el artículo 10 determina: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, o para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

En este artículo claramente se determina el derecho de toda persona a acudir a los tribunales para exigir el derecho a la justicia; ello, al igual que en la Constitución Política de la República de Guatemala. Sin embargo, agrega que esto será en igualdad de condiciones, es decir, para todos por igual, sin importar condición alguna y sin hacer discriminaciones. También garantiza la aplicación de justicia en los tribunales de todos los países miembros de la Organización de Naciones Unidas que ratificaron dicha declaración. Con esto deberá resolverse cada caso conocido, así como lo público de los procesos y el libre acceso a las salas de tribunales para presenciar los debates. Se incluye, además, que este derecho puede ejercerse tanto por la víctima como por la persona sindicada.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) suscrita el 22 de noviembre de 1969, contiene el compromiso de los Estados partes de respetar los derechos y libertades que se reconocen en dicha convención, así como de garantizar el libre y pleno ejercicio de los mismos a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna, reconociendo entre otras las garantías judiciales reguladas en el artículo 8, como el derecho a ser oído, el principio de inocencia, así como el derecho a recurrir en el numeral 2 inciso h: “Derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el capítulo II sobre Derechos Civiles y Políticos regula en el artículo 25 lo relativo a la protección judicial: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales”.

En Guatemala también se reconocen los derechos de las mujeres víctimas de violencia, lo que inicia con las interpretaciones que la Corte de Constitucionalidad ha realizado en torno al artículo 12 de la Constitución Política de la República, estableciendo que el debido proceso y el derecho de defensa no son exclusivos de la persona sindicada, y al haber aceptado y ratificado tratados y convenios en materia de derechos humanos de las mujeres, entre ellos la Convención Interamericana para Prevenir,

Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Belém do Pará” (1994), asume el compromiso de legislar, ya sea complementando o actualizando el marco jurídico en esta materia, emitiendo para el efecto las reformas legales pertinentes.

Es así, como a través del Decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala se reformó el artículo 5 del Código Procesal Penal, y se reconoce la calidad de sujeto procesal a la víctima y/o agraviado, así como su derecho a una tutela judicial efectiva; por lo que se hace necesario hacer una integración de la legislación nacional, constitucional e internacional para garantizar los derechos de las mujeres víctimas de todas las formas de violencia. El artículo 4 de la convención (1994) citada en el párrafo anterior, indica que: “Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre los derechos humanos. Estos comprenden, entre otros: (...) el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos (...)”

Por otra parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana (Bogotá, 1948), establece en su artículo 18 que “toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que viole, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

En esta ley internacional se incluye el mismo derecho a acudir a tribunales a solicitar y exigir justicia, pero con una variante muy importante, adiciona el aspecto de un procedimiento natural, llano y entendible para las personas. Este deberá resolverse a corto plazo. Y, finalmente, el auxilio. Es decir, el amparo a favor de la población para evitar que los derechos que les asisten por estar contemplados en la Constitución Política del país al cual se pertenece sean violentados por las mismas autoridades del Estado. Ello, al no realizar el trabajo que les corresponde de forma correcta para proteger a toda la población.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, regula en su artículo 2 lo siguiente: “Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente pacto hayan sido violados, podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”. Este pacto internacional determina el derecho de la ciudadanía a solicitar el auxilio de los tribunales para que se ejerza justicia. No obstante, estipula el caso específico de violaciones a los derechos de las personas que se encuentren reconocidos en el mismo pacto.

En conclusión, se afirma que, para que exista una tutela judicial realmente efectiva, es imperativo que todos los sujetos procesales, cualquiera que sea su rol dentro del proceso, al dirigir sus peticiones a la autoridad, así como esta al resolverlas, observen las normas constitucionales y ordinarias, pero, además el control de convencionalidad, solo entonces,

se podrá contar con decisiones judiciales en las cuales estén protegidos inequívocamente los derechos fundamentales y las garantías procesales de todos los involucrados y, en consecuencia, serán resoluciones apegadas a derecho y a la justicia.

Referencias bibliográficas

Alfaro, Rolando. (1998). *Oratoria Forense. Tomo I*. Guatemala: Editorial Oscar de León Palacios.

Diccionario de la Real Academia Española. (2014). (23.^a edición). Publicada en octubre de 2014. <https://dle.rae.es/>. (Recuperado 23 de abril de 2020).

García Aguilar, Mirian Andrea. (2014). *El control de convencionalidad: la necesidad de su aplicación*. Tesis de maestría en Derecho Constitucional. Guatemala: Universidad Rafael Landívar.

Legislación

Asamblea Nacional Constituyente. (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (1989). Decreto 2-89. *Ley del Organismo Judicial*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (1992). Decreto 51-92. *Código Procesal Penal*. Guatemala.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. París, Francia.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York, Estados Unidos de América.

Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José, Costa Rica.

IX Conferencia Internacional Americana. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Bogotá, Colombia.

Conferencia de las Naciones Unidas. (1969). *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Viena, Austria.

Organización de Estados Americanos. (1994). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención Belém do Pará"*. Brasil.

Sentencias

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia de fecha 17 de julio de 2013, expediente número 3349-2012.

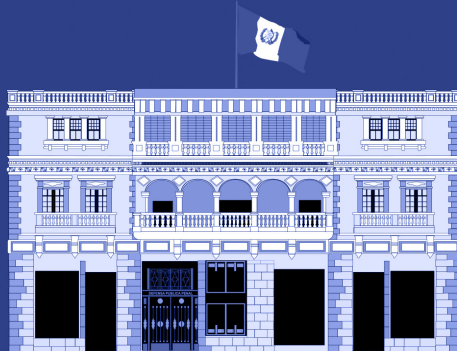
Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia de fecha 31 de octubre de 2013, expediente número 2237-2013.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia de fecha 23 de octubre de 2014, expediente número 3843-2014.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia de fecha 24 de septiembre de 2014, expediente número 1215-2014.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia de fecha 19 de octubre de 2015, expediente número 2734-2014.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia de fecha 7 de junio de 2016, expediente número 1369-2015.



El sistema jurídico ordinario y la diversidad cultural

Dra. Lesbia Marleny Sis Chén

Diversidad cultural, multiculturalismo e interculturalidad

La diversidad cultural se manifiesta por la diversidad del lenguaje, creencias religiosas, prácticas del manejo de la tierra, en el arte, en la música, en la estructura social, en la selección de los cultivos, en la dieta y en todo número concebible de otros atributos de la sociedad humana. Según Quim (2013), la diversidad cultural puede ser abordada desde tres escenarios: el cultural, el político y el jurídico.

El escenario cultural deberá tomar en cuenta el concepto de cultura, considerado como la suma e integración de todos los elementos materiales y espirituales que constituyen la manera de ser de cada pueblo, incluyendo, por supuesto, su ciencia, tecnología, idioma, artes, ancestralidad, espiritualidad, cosmovisión y universo simbólico, la organización social y política, así como su propia forma de regulación normativa.

Barabas (2014) refiere que el multiculturalismo suele entenderse como el reconocimiento de la coexistencia de grupos culturales diferentes,

dentro de un mismo Estado nacional. La interculturalidad, por su parte, se refiere a la dinámica de las relaciones que se establecen en el contexto de la diversidad cultural. Para diversos autores lo intercultural tiene que ver con prácticas culturales y modos de vida concretos de las personas que se ponen en interacción, y este es el espacio -o transitabilidad- que se va creando mediante el diálogo y la comunicación entre culturas. El mecanismo que pone en acción la interculturalidad, que se piensa como la forma más desarrollada del diálogo de las culturas y las civilizaciones, es el diálogo intercultural.

Los instrumentos internacionales en materia de derechos de pueblos indígenas y el bloque de constitucionalidad en Guatemala

Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, conocidas como Las 100 Reglas de Brasilia, aprobadas en el año 2008 en la XIV Cumbre Judicial realizada en Brasilia, dispone en la regla número 4 que la pertenencia a comunidades indígenas podrá constituir una causa de vulnerabilidad. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989) establece en el artículo 8 numeral 1, lo siguiente: “1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”. Esta disposición del convenio implica la obligación de las autoridades y tribunales a tener en cuenta las costumbres, tradiciones, prácticas, el derecho indígena, la cosmovisión y otros elementos relevantes

para el adecuado acceso a la justicia ordinaria por parte de personas y pueblos indígenas, así como para evitar el doble juzgamiento.

La observancia de esta disposición es obligatoria, puesto que desde que los Estados ratifican un tratado o convenio internacional de derechos humanos, adquieren el deber de cumplir las obligaciones jurídicas que asumen en el instrumento ratificado. La norma *pacta sunt servanda*¹ conmina a los Estados a respetar los tratados celebrados por ellos. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) establece en el artículo 26 que: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”; en el artículo 27 dispone que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. De acuerdo con ello, la observancia de este convenio internacional es imperativa.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) refiere en el artículo 40 el derecho de los pueblos indígenas a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. Añade que en esas decisiones “... se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos”.

1 Locución latina que significa “lo pactado obliga”.

Por su parte, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016) en el artículo 22, numerales 1 y 3, establece lo siguiente:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos [...]

3. Los asuntos referidos a personas indígenas o a sus derechos o intereses en la jurisdicción de cada Estado, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección y beneficio de la ley, incluso, al uso de intérpretes lingüísticos y culturales.

Se observa que estos artículos son más amplios que el contenido del artículo 8 numeral 1 del Convenio 169 de la OIT, en el sentido de ilustrar que lo que se debe tomar en consideración no son únicamente costumbres y hábitos, sino el reconocimiento de que las personas y pueblos indígenas provienen de contextos normativos diferenciados.

Para el caso de Guatemala, los estándares internacionales en materia de derechos humanos son relevantes puesto que forman parte del bloque de constitucionalidad. El 17 de julio del año 2012 la Corte de Constitucionalidad emitió sentencia en el expediente 1822-2011, en ella

se define y aplica de manera innovadora el bloque de constitucionalidad, al cual incorpora los estándares internacionales como parámetro de control de constitucionalidad de las leyes:

[...] por vía de los artículos 44 y 46 citados, se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquéllas (sic) libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tiene reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano. El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir, que determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquél son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno. Así, a juicio de esta Corte, el artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos [...] (pág. 15)

Posteriormente, en sentencia de fecha 10 de marzo de 2016 dictada en el expediente número 1467-2014, la Corte de Constitucionalidad ratificó

el contenido del bloque de constitucionalidad expresado en la sentencia emitida en el expediente 1822-2011, en la forma siguiente:

[...] la exigencia del reconocimiento expreso del pluralismo jurídico deviene no solo del contenido de los artículos citados de la constitución formal, sino también de la observancia de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, que, a partir de la sentencia dictada por esta Corte en el expediente 1822-2011; deviene obligatoria y vinculante por formar parte de la materialización del Texto Supremo –bloque de constitucionalidad–. (pág. 14)

Así, la incorporación de los estándares internacionales como parámetro para establecer la constitucionalidad de las leyes constituye un aporte fundamental para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala.

Acceso a la justicia para los pueblos indígenas

El acceso a la justicia consiste en acercar los órganos jurisdiccionales a la población que demanda solución a sus conflictos humanos. Además, implica que los actores del sistema de justicia tomen en consideración los elementos culturales del conflicto en el conocimiento, trámite y resolución judicial. La Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia (1999) define el acceso a la justicia como: “[...] la facultad de todo guatemalteco de poder acudir a mecanismos

efectivos y culturalmente adecuados del Sistema Nacional de Justicia para la protección de derechos y la resolución de conflictos, sea en la justicia ordinaria, el derecho indígena y/o los mecanismos alternativos de resolución de conflictos” (pág. 15).

A la definición anterior se agrega que entre los factores más relevantes para garantizar un mejor acceso a la justicia deben contemplarse la cobertura y acceso geográfico, así como la pertinencia del servicio.

Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015), para los pueblos indígenas persiste una serie de factores que influyen en la posibilidad real de acceder al sistema de justicia ordinaria; entre esos factores se encuentran las grandes barreras geográficas determinadas por las largas distancias que deben recorrer las personas desde sus comunidades hasta los centros urbanos para interponer o darle seguimiento a sus denuncias, barreras económicas por los costos materiales que representa realizar viajes o las acciones propias de un proceso judicial. Además, los pueblos indígenas se enfrentan a la atención de funcionarios que no hablan el idioma indígena y, en ocasiones, la ausencia de intérpretes capacitados, así como la falta de sensibilidad y comprensión hacia la diversidad cultural del país. Estas dificultades se agravan por sus niveles de marginalidad y la falta de aplicación de políticas interculturales de justicia.

El acceso a la justicia para los pueblos indígenas conduce a reflexionar sobre los valores, principios y normas que deben ser tomados en

consideración por las instituciones estatales encargadas de administrar justicia. El acceso a la justicia para los pueblos indígenas presenta las vertientes siguientes:

- a) El derecho a acudir o ser juzgado en la jurisdicción indígena; y
- b) El derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales del sistema oficial u ordinario. Esto comprende a su vez:
 - El derecho de comunicarse en su propio idioma ante los tribunales estatales y, por consiguiente, la posibilidad de acceder al servicio por medio de funcionarios y empleados públicos que hablen el idioma indígena, o bien, contar con los servicios de traductores o intérpretes; y
 - El derecho a que sus características y especificidades culturales sean debidamente tomadas en cuenta dentro de los juicios en que son parte las personas y colectividades indígenas, lo que demanda el uso de pericias antropológicas o culturales, contar con el testimonio de ancianos y otras personas de la comunidad para comprender la normatividad interna (Konrad Adenauer Stiftung, 2012), la realización de diligencias y recepción de prueba en el propio idioma, contar con una defensa técnica adecuada, etc.

Pertinencia cultural

Lezcano (2014) refiere en el documento Vinculaciones entre la diversidad cultural y la teoría del delito: error de comprensión moralmente condicionado, que dentro del sistema jurídico nacional se encuentra que al microsistema penal también le concierne la tutela constitucional

de la diversidad cultural. En un contexto de culturas diversas existe la posibilidad de que un miembro de una comunidad indígena esté implicado en la supuesta comisión de un delito. En el proceso, al intentar descubrir la verdad real, se puede incurrir en acciones que violenten el derecho de defensa, el debido proceso y otros derechos culturales de rango constitucional si no se garantiza el respeto a la identidad cultural del procesado y a sus derechos específicos durante el proceso penal. Para evitar acciones discriminatorias como las descritas por Lezcano, el abordaje de los casos penales desde el sistema de justicia ordinaria debe efectuarse con pertinencia cultural. La denominación “pertinencia cultural” refiere que el abordaje de un conflicto o un caso incorporará los elementos culturales en él contenidos. De acuerdo con el Glosario sobre la diversidad étnica y cultural de Guatemala (2010), la pertinencia significa adecuación, concordancia, congruencia con algo hecho a propósito. Significa que la contratación que realizan las instituciones públicas y el servicio o el bien que ofrecen debe responder a la cultura e idioma de los beneficiarios. La pertinencia cultural debe tomar en cuenta los siguientes elementos:

- a) Si el problema ya fue atendido según los procedimientos del derecho indígena.
- b) Las prácticas culturales de quien pudo incurrir en la comisión de ciertos hechos y la incompatibilidad o contradicción de la prohibición contenida en la norma penal con la tradición o cultura del procesado, protegidas por la Constitución, o bien, el concurso o conflicto de la norma penal con una norma de la comunidad.

- c) Si en tribunales se le han respetado las garantías procesales generales y las específicas por su condición de indígena (Instituto de la Defensa Pública Penal, 2008b).

Estos elementos se relacionan con la obligatoriedad de tomar en cuenta las tradiciones, costumbres, prácticas, cosmovisión y sistemas jurídicos indígenas del lugar de procedencia de la persona.

El derecho a que sean tomados en cuenta las tradiciones, costumbres, prácticas, cosmovisión y sistemas jurídicos indígenas en procesos frente al Estado

Este derecho constituye uno de los puntos centrales de los estándares internacionales en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas. También forma parte del derecho constitucional de acceder libremente a los tribunales de justicia, lo que implica un reconocimiento tácito de que los sesgos culturales requieren de canales interculturales de comunicación para alcanzar una comunicación recíproca plena. Involucra la obligación de las autoridades administrativas y jurisdiccionales de valorar las costumbres y las normas de estos pueblos, cuando se encuentren involucradas personas o colectividades indígenas en procesos o juicios ante esas autoridades (Estrada, 2018).

En virtud de la discriminación que han sufrido los pueblos indígenas, así como su situación generalizada de marginación y pobreza, este derecho se entiende como una especie de política pública orientada a subsanar o

reducir las desventajas de los pueblos indígenas para acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. “Tomar en cuenta” significa que en los procesos que se llevan frente a las instituciones estatales se comprendan los hechos tal como se comprendieron en el contexto cultural de los sujetos sometidos al proceso. Asimismo, implica considerar las normas y los procedimientos que rigen y encauzan la vida de estos pueblos, dándoles el carácter que las leyes fundamentales les reconocen (Estrada, 2018).

Este derecho se vincula con el derecho a “autoadscribirse como indígena”, el cual busca garantizar el goce del derecho más amplio de acceso a la jurisdicción del Estado para los pueblos indígenas. De la misma forma, involucra la aplicación del principio de equidad (tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales) y del principio de valoración jurídica de las diferencias (Estrada, 2018).

Para garantizar este derecho las autoridades tendrán que auxiliarse de todos los elementos que les permitan entender la conducta de las partes involucradas, desde la perspectiva cultural del contexto de donde provienen o conviven, para el efecto deben auxiliarse de herramientas como los peritajes culturales o antropológicos. Estas también permitirán establecer si los sujetos comprendían plenamente la lógica del procedimiento estatal y de las normas que en dado caso les correspondía haber observado.

En la práctica no significa que los funcionarios públicos encargados de la procuración y administración de justicia deban aplicar directamente la

norma indígena, simplemente la “tomarán en cuenta”, como establecen las normas internacionales y constitucionales, en el grado y en la medida que sea aplicable en cada caso concreto. De acuerdo con lo expuesto, la regla “tomar en cuenta las tradiciones, costumbres, prácticas, cosmovisión y sistemas jurídicos indígenas en procesos frente al Estado” implica:

- a) No desconocer la jurisdicción indígena.
- b) La observancia de figuras jurídicas como el error de prohibición.
- c) El uso de herramientas adecuadas como los peritajes culturales o antropológicos.

El error de prohibición

Puede ser directo o indirecto. Es directo cuando el sujeto desconoce completamente la prohibición establecida en la norma. El indirecto procede en aquellos supuestos en los que el sujeto conoce la prohibición y la falta de permiso, pero no la acepta para sí mismo puesto que en su cultura la conducta tiene un valor diferente. Este ocurre habitualmente en comunidades indígenas cuya cosmovisión es diferente a la del sistema occidental. En estos casos el individuo se ha desarrollado en una cultura distinta y ha interiorizado desde su niñez las pautas de esa conducta. Ese aspecto incide en la comprensión de conductas normales para cierto ámbito cultural y antijurídico para otra cultura.

Al efectuar el análisis dogmático jurídico el error de prohibición debe analizarse en la culpabilidad, la cual está conformada por tres elementos,

siendo estos: “a) La capacidad de culpabilidad; b) El conocimiento de la antijuricidad; y c) La exigibilidad de la conducta” (Instituto de la Defensa Pública Penal, 2014, pág. 74). Al no configurarse estos elementos, la posible conducta delictiva queda desvirtuada.

Zaffaroni (2002) no postula el error de prohibición, sino el “error de comprensión” y lo expone en la forma siguiente:

La persona que no puede saber -o a la que no puede exigírsele que sepa o que comprenda- en la situación concreta, que está actuando de un modo que objetivamente habilitaría el ejercicio del poder punitivo sobre ella, no puede ser sujeto de éste sin violar reglas elementales de racionalidad, que importarían la negación del principio de legalidad o del objetivo político general que de él se deriva. Si el principio de legalidad se establece fundamentalmente para que los ciudadanos puedan conocer y comprender la conminación penal de su conducta antes de su realización, el principio de culpabilidad es su necesaria consecuencia, al imponer que, cuando por cualquier causa al agente le fuese imposible (o no le fuese razonablemente exigible en la circunstancia concreta) esa comprensión o conocimiento, no pueda ejercerse el poder punitivo. [...] Dentro de estos tipos de errores [...] se puede asumir la forma de un error por la ‘falsa creencia en la existencia de un precepto permisivo’ (pág. 725).

Otros autores utilizan la figura del error de prohibición:

... si no se acepta el error de prohibición, ello nos conduce al asombroso resultado de declarar culpable a quien no pudo serlo porque en el caso concreto desconocía que el hecho estuviera prohibido y no tuvo la menor oportunidad de motivarse conforme a la norma y arreglar su conducta a las prescripciones del derecho. Por ello, se puede y se debe aplicar el error de prohibición aunque nuestro Código no lo contemple expresamente (González, 2006, pág. 99)

Respecto al fundamento legal del error de prohibición, González (2006) señala:

Tradicionalmente, se ha negado la posibilidad de eximir la responsabilidad penal por error de prohibición partiendo del conocido aforismo: la ignorancia de la ley no exime su cumplimiento. El Código Penal guatemalteco sigue influenciado por este aforismo. Tan solo admite expresamente el error de prohibición en los casos de legítima defensa putativa (art. 25.3 CP). Los supuestos de error directo y la falsa suposición de existencia de norma permisiva son difícilmente encuadrables en el Código Penal. Pero, por encima del Código están los tratados internacionales sobre derechos humanos. El artículo 8.2 del Pacto de San José exige para condenar a una persona que se demuestre su culpabilidad (pág. 99).

La Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 18 de febrero del 2015, emitida en el expediente 01004-2014-00900, oficial VI, se pronunció sobre el fundamento legal del error de prohibición en Guatemala, lo ha efectuado sustentada en la experiencia jurídica que fue adquirida por los tribunales españoles para dar respuesta al tema del error de prohibición antes de la regulación expresa en su legislación penal. Estima que debe integrarse el derecho penal mediante la interpretación analógica *legis in bonam partem* (ley en beneficio de parte), la que no se encuentra prohibida, puesto que por vía del argumento de la semejanza de los casos se traslada una regla jurídica que procede de un precepto concreto (artículo 25 numeral 3° del Código Penal) a otro caso no regulado, así la inculpabilidad por el error sobre la existencia de la causa de justificación de legítima defensa es equiparable al error sobre la existencia de la causa de justificación del legítimo ejercicio de un derecho, y se interpreta analógicamente a favor del reo para fundamentar su no punición ante la existencia de este último error.

De lo anterior se desprende que, ante la ausencia de la regulación del error de prohibición en el Código Penal guatemalteco -según González (2006)-, el fundamento se encuentra en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece el requisito de configuración de la culpabilidad para el pronunciamiento de un fallo condenatorio. Pero, para la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, según lo expone en la sentencia referida, el error de prohibición encuentra fundamento al realizar una interpretación analógica *in bonam partem* respecto al artículo

25 numeral 3° del Código Penal, que regula la inculpabilidad por el error sobre la existencia de la causa de justificación de legítima defensa, equiparándola al error sobre la existencia de la causa de justificación del legítimo ejercicio de un derecho.

Por otra parte, es importante referir que algunos autores han denominado a este tipo de error como “error de prohibición culturalmente condicionado”, sin embargo, otros autores entre ellos Sanz (2014), no comparten el criterio de que el error sea condicionado por la cultura. Este autor ha externado que la figura del “error de prohibición culturalmente condicionado” proviene de una concepción etnocentrista que considera inferiores las culturas que no se ajusten al modelo occidental, por lo tanto, esta figura refleja una visión excesivamente paternalista por parte del Estado. Refiere que es más razonable utilizar solo la figura del “error de prohibición”, pero no en su modalidad “directa” sino “indirecta”, criterio que es congruente con la figura del “error de comprensión” que postula Zaffaroni (2002).

Finalmente, es indispensable considerar que cada caso es diferente, en algunos casos será idóneo argumentar la concurrencia de error de prohibición, pero en otros casos podrá argumentarse la concurrencia de figuras jurídicas diferentes que igualmente desvirtuarán la existencia de delito, por ejemplo, se podrá argumentar directamente el legítimo ejercicio de un derecho, como en el caso siguiente: el Tribunal de Sentencia Penal de Delitos de Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer y Violencia Sexual del Departamento de Alta Verapaz en la carpeta judicial 16005-2014-00312, conoció un proceso penal en el que se acusó al

procesado por el delito de violación, los hechos atribuidos por la fiscalía se centraban en que el procesado sostuvo relaciones sexuales con una mujer desde que ella tuvo trece años de edad.

Las circunstancias que el Ministerio Público no consideró, pero que la defensa técnica probó, fueron que tanto el procesado como la presunta víctima son indígenas y contrajeron matrimonio según las prácticas del pueblo maya *poqomchi'*, por lo que, sostener relaciones sexuales consentidas en esas circunstancias no es prohibido según su cultura originaria. El juez unipersonal que conoció el caso absolvió al procesado por medio de sentencia emitida el 12 de junio de 2017, argumentando que el procesado actuó en legítimo ejercicio de un derecho. Así lo expresó:

El juzgador está convencido de que en la ejecución de los hechos acreditados al acusado existió causa de justificación [aspecto negativo de la antijuricidad], contenida en el artículo 24 numeral 3° del Código Penal, que dispone: ‘Legítimo ejercicio de un derecho: Quien ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley’ [...] Así las cosas, vale hacer alusión a lo estipulado en la Constitución Política de la República de Guatemala que a partir del título dos regula todo lo relacionado a derechos humanos, en el capítulo uno los derechos individuales; en el capítulo dos derechos sociales dentro de los cuales se encuentran el derecho a la cultura y la identidad cultural (artículos 57 y 58), para lo cual es preciso interpretar dichas normas constitucionales [...]

De acuerdo con el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, son considerados como indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas [...]

Por su parte, las 100 Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2008), en la sección segunda, beneficiarios de las Reglas, dispone en el numeral cuatro: ‘Pertenenencia a comunidades indígenas. [...] el juzgador está convencido de que se debe garantizar el libre acceso a tribunales estipulado en el artículo 29 de nuestra Carta Magna, al acusado [...] y a la adolescente [...], ambos miembros de la comunidad Maya Poqomchi’ asentada en [...], sin embargo, ese acceso a la justicia debe llevarse a cabo conforme a la cosmovisión indígena y valores culturales que ellos poseen, los cuales quedaron debidamente probados con el peritaje cultural diligenciado durante el debate que proporcionó un conocimiento especializado sobre un sistema normativo no escrito.

Otro aspecto interesante de este pronunciamiento consiste en que el juzgador refiere que un medio de prueba significativo para probar la pertinencia cultural en el caso concreto lo constituyó el peritaje cultural.

Peritaje cultural

La tercera implicación de la regla “tomar en cuenta las tradiciones, costumbres, prácticas, cosmovisión y sistemas jurídicos indígenas en procesos frente al Estado”, se relaciona con que las autoridades tendrán que allegar todos los elementos que les permitan entender la conducta de las partes involucradas, desde la perspectiva cultural del contexto del cual provienen. Para ello, es importante la utilización del peritaje cultural.

Al peritaje cultural también se le denomina peritaje antropológico o prueba judicial antropológica. Según Ochoa (2002), también se denomina prueba de expertos, y es aquel medio de prueba en virtud del cual el juzgador ilustra su criterio sobre las formas de vida y costumbres de una persona indígena procesada penalmente, información que debe tener en cuenta para fundamentar su resolución o sentencia.

Marroquín (2006) indica que el peritaje cultural es:

... el medio de prueba, por virtud del cual el juzgador ilustra su criterio para su conocimiento de la cultura de un individuo, en sus diversas manifestaciones, en su calidad de un miembro de un grupo social determinado, a través de un dictamen elaborado por

un experto en la cultura que se estudia y que el juez toma en cuenta en el momento de resolver (pág. 183).

En el *Manual del Fiscal* se define como “[...] un puente entre la forma de ver y entender la realidad del tribunal y la del indígena procesado [...]” (Ministerio Público, 2000, pág. 157). Por su parte, el Instituto de la Defensa Pública Penal (2008a), refiere que el peritaje cultural constituye:

[...] un mecanismo que permite aportar los medios de prueba que la ley contempla para acreditar que la diferencia cultural propició y condicionó una conducta tipificada como delito en los códigos del sistema jurídico oficial pero que desde la perspectiva cultural del individuo que ha cometido la falta no lo es (pág. 13).

Según la antropóloga Guisela Mayén (2014), el peritaje cultural se convierte en un instrumento que permite el acceso a la justicia de las personas indígenas de manera equitativa, constituyéndose en una forma de reconocimiento de la diversidad cultural en el campo legal y que, lo más importante, evita que se sancione la cultura de los pueblos indígenas (Fundación Konrad Adenauer Stiftung).

De acuerdo con lo anterior, el peritaje cultural contribuye al menos, a dos aspectos importantes: a) ilustra el contexto cultural en el que sucedió el hecho, las prácticas tradicionales, la cosmovisión del pueblo al que pertenecen los sujetos involucrados en el proceso y otras circunstancias significativas para el análisis del caso concreto en el sistema de justicia ordinario. Así, constituye una herramienta importante para ilustrar la

diferencia cultural que propició o condicionó la conducta calificada como delito, pero que según la cultura del pueblo al que pertenece el procesado tiene un valor diferente; y b) establece si el caso ya fue conocido y resuelto en un sistema jurídico indígena.

Guatemala es un país plural donde conviven diversos pueblos, entre ellos, pueblos indígenas de origen maya, garífuna y xinca, quienes en su mayoría no logran acceder al sistema jurídico ordinario en condiciones de igualdad. Cuando las instancias estatales pierden de vista las particularidades culturales de las personas y pueblos indígenas, suelen crear inestabilidad interna y procesos de descomposición del tejido social, por lo que es recomendable redoblar la voluntad política y crear las condiciones adecuadas para el ejercicio efectivo del derecho humano de acceso a la justicia desde una perspectiva intercultural.

Referencias bibliográficas

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Situación de Derechos Humanos en Guatemala: Diversidad, desigualdad y exclusión*. Guatemala.

Consejo Nacional para el Cumplimiento de los Acuerdos de Paz, Secretaría de la Paz y Fundación Cholsamaj (Chotzijpa Kiwi' Amaqi'). (2010). *Glosario sobre la diversidad étnica y cultural de Guatemala*. Guatemala: Cholsamaj.

Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. (2012). *Elementos y Técnicas de Pluralismo Jurídico, Manual para Operadores de Justicia*. México.

Fundación Konrad Adenauer Stiftung. (2014). *Peritaje cultural*. Serie Cuaderno y Estado de Derecho 1. Guatemala: Serviprensa.

González Cauhapé-Cazaux, Eduardo. (2006). *Apuntes de derecho penal guatemalteco, Teoría del Delito*. Guatemala.

Instituto de la Defensa Pública Penal. (2008a). *Guía de Peritajes Culturales y su Aplicación en la Administración de Justicia*. Guatemala.

Instituto de la Defensa Pública Penal. (2008b). *Guía Pedagógica para el Abordaje de Casos con Pertinencia Cultural*. Guatemala.

Lezcano, Juan Manuel. (2014). *Vinculaciones entre la diversidad cultural y la teoría del delito: error de comprensión moralmente condicionado*. En: Revista de Derecho Penal y Criminología. Argentina.

Ochoa García, Carlos. (2002). *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*. Guatemala: Cholsamaj.

Quim Can, Juan Santiago. (2013). *Hacia el pluralismo jurídico en Guatemala*. Guatemala: Galería Gráfica, S. A.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2002). *Derecho Penal, Parte General*. Argentina: Editora Comercial, Industrial y Financiera S. A.

Páginas electrónicas

Barabas, Alicia M. (2014) *Multiculturalismo, pluralismo cultural e interculturalidad en el contexto de América Latina: la presencia de los pueblos originarios*. Disponible en: <https://journals.openedition.org/configuracoes/2219> fecha de consulta: 15 de julio de 2020.

Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia. (2007). *Acceso de los indígenas a la justicia oficial en Guatemala: percepción y recomendaciones desde las/los usuarios*. Guatemala. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/cd0431.pdf> fecha de consulta: 10 de agosto de 2020.

Estrada Tanck, Dorothy. (2018). *Anales de Derecho. Acceso a la Justicia y Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional Público, el Caso de México*. México. Disponible en: <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/320401> fecha de consulta: 24 de julio de 2020.

Instituto de la Defensa Pública Penal. (2014). *Teoría del Delito. Módulo de autoformación*. Guatemala. Disponible en: http://descargas.idpp.gob.gt/Data_descargas/Modulos/Teoriadeldelito.pdf fecha de consulta: 2 de agosto de 2020.

Marroquín Guerra, Otto. (2006). *El peritaje cultural indígena como forma del pluralismo jurídico indígena en Guatemala*. Guatemala. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1670/11.pdf> fecha de la consulta: 7 de agosto de 2020.

Ministerio Público. (2000). *Manual del Fiscal*. Guatemala. Disponible en: <https://es.slideshare.net/MadelinBlanco1/manualdelfiscalministerio-publico> fecha de consulta: 7 de agosto de 2020.

Sanz Mulas, Nieves. (2014). *Diversidad cultural y política criminal, Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)*. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Págs. 11:19-11:20. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-11.pdf> fecha de consulta: 15 de agosto de 2020.

Legislación

Asamblea Nacional Constituyente. (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (1973). Decreto número 17-73. *Código Penal*. Guatemala.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2016). *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Estados Unidos.
Organización de las Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Estados Unidos.

Organización Internacional del Trabajo. (1989). *Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. Suiza.

Jurisprudencia

Corte de Constitucionalidad. Expediente 1467-2014. Sentencia de fecha 10 de marzo de 2016.

Corte de Constitucionalidad. Expediente 1822-2011. Sentencia de fecha 17 de julio de 2012.

Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal. Expediente 01004-201400900, Oficial VI. Sentencia de fecha 18 de febrero de 2015.

Tribunal de Sentencia Penal de Delitos de Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer y Violencia Sexual del Departamento de Alta Verapaz. Carpeta judicial 16005-2014-00312. Sentencia de fecha 12 de junio de 2017.



Ética del funcionario y del defensor público

Licda. Ana Eugenia Ávila Pérez

Ética, moral y derecho

Todo grupo social, toda comunidad a través de su historia y desarrollo establece normas de conducta moral de manera espontánea, que hacen posible la convivencia pacífica entre los individuos que la conforman. Tomando esta idea como referencia, puede decirse que las normas morales de una sociedad son las creencias, costumbres o principios con base a los cuales se van determinando, se van orientando las acciones de las personas que pertenecen a ella, debido a que estos han encontrado una aceptación general de las mismas.

Por lo que estas costumbres y valores requieren de una aceptación y aplicación general, son normas básicas y universales. Si bien es cierto, pueden variar de cierta manera de una comunidad o sociedad a otra, fundamentalmente van a basarse en el respeto a la vida, a la integridad, a la propiedad privada (que inicia desde la propiedad que cada quien tiene de su persona) de cada individuo en particular; actuando todos con libertad y responsabilidad en cada una de sus acciones, para que se logre

una convivencia pacífica y el desarrollo integral tanto del individuo como de la sociedad.

No cabe entonces hablar de un relativismo moral en el mundo actual, en un mundo globalizado; puesto que no es posible que únicamente respetemos las normas morales respecto al grupo social al que pertenecemos y actuemos de manera amoral respecto a otros. “Obra de tal manera que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre con el fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio” [fórmula del fin en sí mismo del Imperativo Categórico de Kant] (Higueros, 2009, pág. 33).

Cabe hacer una distinción entre lo que son las normas éticas, las normas morales y las normas de derecho; son básicamente dos las diferencias, la primera es la forma en que se encuentran establecidas (reguladas) y segundo la sanción que recibiremos de no actuar conforme a ellas. Tanto las normas éticas, las normas morales y las normas de derecho, se basan en el respeto al plan de vida que cada individuo tiene, respeto a la autodeterminación; el individuo debe tener la libertad de discernir entre las diferentes opciones de accionar para conseguir determinado fin, siempre que sea capaz de prever las consecuencias de cada una de sus acciones y asuma la responsabilidad de las mismas.

Las normas éticas se encuentran constituidas por las creencias, las costumbres y los valores que cada individuo tiene internalizados, por lo que la sanción que se recibe cuando no se actúa conforme a ellas será

personal (sentimiento incómodo, surgirá cierto sentimiento de culpa, etc.); las normas morales por pertenecer a un conjunto de individuos tendrán una sanción externalizada, un rechazo social, y las normas de derecho (normas de recta conducta establecidas por un cuerpo legislativo), puesto que su externalidad afecta bienes jurídicos tutelados, serán merecedoras de una sanción previamente establecida (en ley), y su cumplimiento (ejecución) será de manera coactiva por parte del gobierno; teniendo únicamente el Estado la facultad de imponer y ejecutar la misma sanción, siempre que se encuentren previamente establecidas, que sean abstractas, de aplicación general y respetando el debido proceso.

No se puede esperar que se asuma la responsabilidad de determinado actuar por todas las personas, no se puede sancionar a todas las personas por sus acciones; habrá siempre excepciones a la imposición de estas sanciones y será en casos en los cuales se establezca que la persona individual a quien debiera atribuírsele la responsabilidad, no tiene o no tuvo la capacidad de prever el resultado de su actuar.

En la actualidad se ha ido perdiendo el sentido de la justicia y los valores morales, evidenciándose de manera más acentuada en las personas que se desempeñan en el sector gubernamental, los funcionarios y empleados públicos. Es por ello que este artículo se refiere a la importancia de la conducta asumida por cada uno de los servidores públicos, deben retomarse esos valores éticos y morales, para así poder aspirar a una sociedad más justa.

Se citará a continuación un concepto de justicia que está acorde al tema que se abordará en el presente artículo: “La justicia no es el dar o repartir cosas a la humanidad, sino el saber decidir a quién le pertenece esa cosa por derecho. La justicia es ética, equidad y honradez. Es voluntad de dar a cada uno lo suyo. Es aquel sentimiento de rectitud que gobierna la conducta y hace acatar debidamente todos los derechos de los demás” (Fuentes, 2013, p. 58).

Exigibilidad de un comportamiento ético al servidor público

En Guatemala la ética profesional, la ética del funcionario público se encuentra normada en instrumentos legislativos, resulta insuficiente que sea algo interiorizado, algo propio del individuo que desempeña un cargo o empleo público, o quizá el problema es la carencia de esa internalización de valores. Se ha convertido en algo legal, en normas de cumplimiento obligatorio y que tienen exigibilidad, incluso de manera coactiva, perdiendo así el sentido real de la ética.

El estándar de ética exigible a los funcionarios o empleados públicos es mucho más alto que el exigido a los ciudadanos en general, la necesidad y obligatoriedad de sostener un comportamiento ético es mucho más elevada para un servidor público que la que se pueda esperar de personas que laboran en el sector privado. El funcionario o empleado público debe tener un comportamiento ético no real e interiorizado, sino que debe ser visible; no debe solo serlo, también debe parecerlo.

Esto se debe a que todos los servidores públicos, de alguna forma administran bienes que pertenecen a una pluralidad de sujetos (la población), sirven como parte del gobierno; y es lamentable que no exista una visión general positiva del actuar de los empleados o funcionarios públicos, debido a que en ocasiones se ha evidenciado, y más en la actualidad, el descaro de algunos servidores públicos que han incurrido en actos de corrupción, no siendo la generalidad. Se debe tener en cuenta que los actos de corrupción no únicamente se dan en el sector público, también se dan en el sector privado, en todos los ámbitos se ven estas fallas; sin embargo, la forma en que se enfrentan los actos de corrupción en lo público y en lo privado es diferente.

¿Cómo actuar de manera institucional cuando se evidencia un acto de corrupción en el sector público? No existe una normativa generalizada para enfrentar este problema, muchas veces dependerá del renglón presupuestario al que pertenezca el empleado público, de si la institución o dependencia estatal para la cual labora tiene o no reglamento, un procedimiento administrativo y sanción específica para la acción de que se trate; difícilmente se podrá, al detectar un acto de corrupción, dar término a la relación laboral. Por lo regular se tiene que seguir un largo proceso administrativo, susceptible de diversidad de recursos, aunado a verificaciones por parte de la Contraloría General de Cuentas y otros formalismos que requiere la legislación administrativa aplicable; y en ocasiones incluso será necesario iniciar un proceso penal.

En el sector privado, resulta menos difícil poder finalizar la relación laboral al momento de detectar o comprobar un acto de corrupción, la persona que presta un servicio en el sector privado tiene relativamente menor proteccionismo estatal, porque, aunque el proteccionismo al trabajador se encuentre establecido a nivel constitucional, por lo general, son las partes quienes pactan las condiciones específicas de cada contrato laboral y esto provoca que se actúe con más compromiso y cautela.

Actualmente, la corrupción en nuestro país ha llegado a ser considerada un problema social y la medida que el gobierno ha utilizado como solución es la promulgación de leyes, de normas, de sanciones. ¿Puede la promulgación de leyes desaparecer los problemas sociales? No, la imposición de regulaciones que la mayoría de veces no se adaptan a la realidad social de nuestro país, nunca logrará que mágicamente desaparezcan los problemas sociales, es más, puede aprovecharse esta situación para institucionalizar más burocracia y hacer que sea un problema mayor.

En el tema de la ética y la corrupción, para prevenirla y castigarla Guatemala tiene suficiente normativa, dentro de cada organismo o institución estatal existen reglamentos, de manera general encontramos la Ley de Servicio Civil y la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, incluso existen tipos penales regulados en los títulos XIII y XIV del Código Penal, y fue aprobada una Ley Contra la Corrupción (Decreto número 31-2012 del Congreso de la República). Sin embargo, la mayoría de personas, la ciudadanía en general, no tiene conocimiento de la existencia de esta normativa o desconoce a qué se

refiere cada una de estas figuras delictivas. Los funcionarios y empleados públicos en contadas ocasiones se preocupan por conocerlas; es más, ni los propios abogados las conocen, a menos que se dediquen al estudio o práctica en materia penal o administrativa.

Con regular acciones y sanciones al actuar del funcionario público, no es posible resolver un problema de principios que cada individuo debe tener internalizado. Normalmente surge la pregunta si determinado acto es legal o no es legal, cuando debería cuestionarse si es correcto o no. El artículo 5 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que todas las personas pueden hacer lo que la ley no prohíbe, es decir, el actuar se rige únicamente por la autonomía de la voluntad; lo que determinará si se actúa de una manera u otra (fuera de las prohibiciones legales), será el discernimiento que pueda efectuarse sobre lo que es correcto, lo que es moral y lo que no; para lo cual debe tomarse en consideración las costumbres (buenas), los principios y valores éticos que desde la convivencia en el entorno social pasan a formar parte del libre albedrío de la persona.

En el trabajo independiente las personas pueden regirse por la autonomía de la voluntad, en lo público no. Cuando se actúa ejerciendo una función pública, en relación de dependencia o desempeñando un cargo público, lo primero que se debe de tener presente es la delimitación del marco legal de las funciones de cada uno. Al momento de ser nombrados o contratados por un organismo o institución estatal, se debe conocer sus leyes y reglamentos, se debe conocer la Ley de Probidad y Responsabilidades de

Funcionarios y Empleados Públicos (en especial el artículo sexto, el cual contiene los principios de probidad) y la Ley de Servicio Civil. El servidor público no puede apartar su forma de actuar de estas normas, ya que ellas dan las directrices, indican las funciones, atribuciones, facultades, límites y principios con los que se puede actuar.

No siempre se estará de acuerdo con estas disposiciones, ya que pueden ser consideradas poco efectivas, puede considerarse que no se encuentran ajustadas a derecho; pero al estar establecidas, debe de actuarse conforme a ellas. En caso de no compartirlas, debe actuarse como agentes de cambio, no omitiendo su cumplimiento, pero sí debe proponerse su modificación o derogación; otra opción sería el no aceptar el cargo o empleo público y actuar de la manera que se considera correcta en la esfera privada.

¿Por qué el servidor público debe acatar y regir su actuar por esta normativa? Es simple, es porque se debe prestar un servicio de calidad, con estándares previamente establecidos por cada institución, muchas veces en base a estándares internacionales, para satisfacer la demanda de la ciudadanía, de los usuarios del servicio público, siendo idóneos y aptos para desempeñar el cargo o empleo público; capacitándose, actualizándose, rigiéndose por ciertos principios, siempre actuando con probidad y siendo responsable cada persona de su actuar.

Responsabilidad y controles del servidor público

El tema de la responsabilidad en la función pública es otro de los puntos que se debe considerar, existe mucha desconfianza hacia las personas que

laboran en el sector público, una desconfianza generalizada respecto a la gestión pública; es por ello que se recurre a controles tanto internos como externos. El coste que representan estos controles es altísimo, una buena parte del presupuesto estatal se destina a cuestiones administrativas de control, de fiscalización, dejando la gestión propia del servicio público a prestar a un lado. Lo ideal sería que no fueran necesarios estos mecanismos de control, sin embargo, se han implementado debido a la falta de principios de muchas personas que realizan funciones públicas; lo ideal es encontrar un equilibrio entre control y gestión.

Cuando una persona labora en el sector público, es necesario que se pregunte constantemente: ¿Qué hago aquí? ¿Por qué realizo este trabajo? ¿Cuál es mi principal función como servidor público? En el sector público se está para servir, quien labora en el sector público tiene la oportunidad de realizar un trabajo que se encuentra moralmente en lo más alto que se puede hacer: servir. Por si esto fuera poco, obtiene ingresos económicos que permiten satisfacer sus necesidades individuales y familiares. Este es un aspecto que se debe entender e internalizar. Que sea una institución pública y que los usuarios no paguen directamente la prestación de los servicios, no son razones válidas para omitir el cumplimiento de las atribuciones asignadas, se debe realizar la función pública de manera eficiente, como que de esa eficiencia dependiera el beneficio económico que se percibirá a fin de quincena o a fin de mes.

Se debe internalizar ciertos principios, ciertas ideas, ciertos valores. Si el servidor público no cree en lo que está haciendo y no tiene clara cuál es su

función, muy difícilmente contribuirá para que la población, los usuarios de servicios públicos creen en él, creen en lo que hace y se logre reducir esa desconfianza imperante en la función pública.

En el sector privado, en las empresas que proveen servicios o productos, el empresario brinda su mejor esfuerzo en entender qué es lo que espera el consumidor y adapta sus acciones a satisfacer estos requerimientos y a complacer de mejor manera a los consumidores, con el objeto, el incentivo de obtener una renta mayor, una mayor ganancia para sí y para su empresa. No todo es malo en el sector público, existen muchos servidores públicos que se esfuerzan por brindar un servicio eficiente y de calidad, dan más de lo que se requiere, tienen una preparación constante y entregan todo lo que pueden, teniendo como incentivo principal la satisfacción ética del servicio. En muchos sectores de la administración pública se encuentra a personas que tienen ese liderazgo ético y que motivan a actuar de manera correcta, no solo para lograr un mayor beneficio económico, sino un mayor beneficio moral.

Es una realidad que la credibilidad, la confianza que tiene para la población la gestión pública, es muy poca, esto es porque como conjunto los servidores públicos no han generado esa visión aceptable de la forma en que se actúa dentro de la función pública. Es muy importante generar esa aceptación, para poder generar también el espacio de desarrollo de las instituciones públicas; entendiendo por institución pública, no el espacio físico de alguna dependencia de gobierno, sino las de prácticas, hábitos y

costumbres, sean de carácter formal o informal sobre las cuales se cimiente la función pública. Sin confianza no se puede construir.

Cultura organizacional

Los servidores públicos trabajan en base a políticas públicas, se debe tener y promover políticas públicas sanas, dirigir cada una de las acciones individuales al buen funcionamiento de esas políticas públicas. Quien ocupa un cargo o empleo público es una persona individual, y es esa persona como ente individual quien actúa para el desarrollo de las políticas públicas, estas no funcionarán mágicamente.

Dentro de cada organismo, dentro de cada dependencia del gobierno debe existir una cultura organizacional propia, además de los valores éticos que cada uno tenga, debe haber valores, normas y expectativas comunes. Cada quien debe considerarse parte de la institución, hacer propias la visión y la misión que se tiene; debe tener clara cuál es su función, el por qué trabaja, qué clase de trabajador quiere ser, qué tipo de personas le gustaría que conformaran el gobierno. Con relación a la observancia que se debe a la visión y misión, en el Instituto de la Defensa Pública Penal se encuentra incluido en el Acuerdo número 91-2008 de la Dirección General del Instituto: “Artículo 2. Visión y Misión. La labor de los Defensores Públicos debe guiarse por la Visión y la Misión del Instituto de la Defensa Pública Penal que lo convierten en un servidor público con vocación, comprometido con su labor, competitivo, sensible, digno, y con un desempeño excelente”.

Y el artículo 3 del referido acuerdo, indica: “El Defensor Público debe orientarse y hacer suyos los valores de la institución, como son la integridad, la transparencia, la solidaridad”. La actuación de los individuos que conforman la totalidad de una institución debe ser coherente. Si se tiene una cultura organizacional fuerte, no será necesaria la implementación de tantos controles, tanta fiscalización del actuar del servidor público, se evitará ese enorme gasto de recursos públicos, que es destinado a evitar actos de corrupción. Si se tiene una cultura organizacional fuerte, existirá un autocontrol, un control propio del grupo.

Algo muy positivo (dentro de muchos aspectos) de la cultura organizacional es que va enfocada o centra su interés en las personas que conforman el grupo, en los individuos, buscando una interrelación entre los mismos, de acuerdo al fin de la institución u organización. De ninguna manera, la rigidez de una cultura organizacional debe anular la libertad individual, al contrario, es la libertad individual la que fortalecerá la cultura organizacional, ya que esta será dinámica, irá variando o modificándose conforme sean sustituidas las personas que la componen, conforme a la variación en las políticas públicas o alguna otra circunstancia que pueda ser determinante.

La política organizacional se refiere a conductas intencionales para aumentar o proteger la influencia y el interés de una persona, sin dejar de inspirar confianza en los demás. La destreza política consta de cuatro dimensiones básicas:

- Ser socialmente astuto (percibir y entender con exactitud lo que ocurre en las interacciones

sociales). • Tener influencia interpersonal (adaptar sus conductas para suscitar con mayor eficacia en otros la respuesta deseada). • Crear redes útiles (desarrollar contactos para obtener aliados y seguidores útiles). • Expresar sinceridad (mostrar intenciones honestas y auténticas en sus interacciones con los demás de manera que confíen en usted) (Newstrom, 2011, p. 286).

En todas las esferas sociales en las cuales se desenvuelve el individuo, debe buscarse líderes éticos, personas que den ejemplo de coherencia entre lo que proclaman y sus acciones. De la misma manera, el servidor público debe buscar ese líder ético, que no necesariamente (y muchas veces no lo es) será el jefe inmediato; e incluso, si no se encuentra dentro del ambiente de trabajo, debe buscar el mismo servidor público ser ese líder ético para los demás.

Todos los individuos pueden ser líderes éticos, todos pueden demostrar que aman lo que hacen, que hace lo que hace, no solo porque quiere ser mejor, sino porque siempre quiere dar lo mejor de sí. Será esta actitud coherente en lo que se hace a diario, no importando el cargo o puesto público que se desempeñe; lo que hará que las personas empiecen a creer, a confiar en la función pública, ya que verán que se está cumpliendo con las funciones asignadas como se debe hacer, incluso dando más de sí mismos, yendo una milla extra, tal y como indica el texto bíblico “y a cualquiera que te obligue a llevar carga por una milla, ve con él dos” (Evangelio de San Mateo 5:41)(Reina Valera, 1960, pág. 1307).

No es necesario ser el que más conocimientos tiene, el que más títulos tiene, no es necesario estar en los puestos más altos, solo deben hacerse bien las cosas, hacerlas con el corazón, creyendo en lo que se hace. El líder ético tratará a las personas con la misma dignidad y respeto; en cualquier institución es importantísimo cultivar el respeto mutuo y la interdependencia. Se debe recordar siempre que cuando se trabaja en el sector público, se tiene una mayor obligación de conducir cada acción con valores éticos. Thomas Jefferson (1743 – 1826) sostenía que “el precio de la libertad es la eterna vigilancia”.

Ética del defensor público

El Instituto de la Defensa Pública Penal es una institución reconocida dentro del sector justicia, no solo por la capacitación constante a su capital humano, también por el compromiso que ha existido en el servicio al usuario. Desde la creación de la institución, hace más de veinte años, los defensores públicos se han caracterizado por la búsqueda de la excelencia en el servicio que se presta y la empatía que mantienen con los usuarios y sus familiares.

El defensor público debe ejercer sus funciones de acuerdo a principios éticos generales, los cuales se encuentran contenidos en La Ley de Servicio Civil, la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos y en el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala (instituyendo los principios de: probidad, decoro, prudencia, lealtad, independencia, veracidad, juridicidad, eficiencia y

solidaridad); y de manera específica el Instituto de la Defensa Pública Penal cuenta con un Código de Ética del Defensor Público, contenido en el Acuerdo número 91-2008 emitido por la Dirección General del Instituto, el cual entró en vigencia el veinticuatro de octubre del año dos mil ocho.

La función principal del defensor público es hacer contrapeso al poder punitivo del Estado y velar porque se cumpla con el debido proceso, se respeten las garantías judiciales y, por supuesto, velar por el respeto a los derechos humanos. El defensor público debe ejercer su función de manera eficiente, independiente y con apego a normas contenidas en la legislación nacional, en la Constitución Política y en convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos; procurando siempre que se realice un control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad en ejercicio de una defensa técnica eficaz.

El Código de Ética del Defensor Público indica esta función de la siguiente manera: “Artículo 4. Funciones. Es necesario que el Defensor Público en el ejercicio de la defensa penal, vele por la vigencia y aplicación de los preceptos constitucionales, Convenciones y Tratados Internacionales, leyes generales y especiales, así como que se cumpla con el debido proceso, y que se observe el respeto a los derechos humanos de las personas a los que asiste”.

Uno de los principios más importantes que se deben observar en la función del defensor público lo constituye la gratuidad del servicio. Este principio

permite al defensor público actuar de manera independiente, sin esperar beneficio alguno específico en cada caso que le sea asignado. El servicio de defensa pública se presta a personas que por su precaria situación económica no pueden contratar los servicios profesionales de un abogado de su confianza, no se puede olvidar que se recibe una remuneración por parte del Estado, precisamente para cumplir con las funciones asignadas de manera completamente gratuita.

Otro principio que el defensor público debe tomar en cuenta en el ejercicio de sus funciones es la lealtad procesal, debe lealtad a la institución y a los usuarios del servicio. Es necesario que se tenga presente el principio de inocencia, se trabaja con personas inocentes hasta que el proceso no se encuentra en una etapa de ejecución; se debe mantener informados a los usuarios del estado de sus procesos y mantener una constante comunicación con los mismos.

Importantísimo es, también, que se observe la debida diligencia en cada uno de los procesos que el defensor público tiene a su cargo. Desde el momento en que es nombrado un defensor público para determinado caso, se deben realizar las solicitudes y diligencias pertinentes para lograr una defensa técnica oportuna y eficaz. El hecho que no sea directamente el usuario quien está retribuyendo el servicio, no significa que se omita actuar diligentemente y que no se procure el mayor beneficio para el imputado.

También se debe de cumplir con el principio de buena fe. El hecho que se deba de buscar el mayor beneficio para el usuario, no justificará, bajo

ninguna circunstancia que no se actúe de buena fe. El fin del proceso penal es la averiguación de un hecho que posiblemente pueda configurarse como delito, el usuario del servicio de defensa penal pública es la persona a quien se le atribuye la comisión del hecho delictivo; si observándose las garantías procesales y judiciales resulta que se le puede atribuir alguna responsabilidad, el defensor público no puede oponerse a que reciba un juicio de reproche, una sanción, pero sí debe buscar una sanción mínima, una sanción adecuada.

Fundamental es la observancia del principio de honestidad, para entender la honestidad del defensor público debe citarse al Dr. Gustavo Girón Palles (2009):

El Defensor Público es un profesional del derecho que realiza una función pública que consiste en defender jurídicamente los derechos de las personas que son imputadas penalmente, o bien que han sufrido la conculcación de sus derechos. Para cumplir con su función, necesita una sólida y constante preparación profesional, pero además, debe ser poseedor de un verdadero sentido de servicio y de entrega, y tener la suficiente sensibilidad para comprender las necesidades de las personas que requieren del servicio, que son por lo regular, pertenecientes a algún grupo vulnerable (Higueros, 2009, p. 58).

El defensor público debe tratar a todos con respeto, ser tolerante, no olvidar que muchas veces es la única esperanza que los usuarios tienen ante un

sistema que va en contra de ellos y debe encontrar el equilibrio entre la función judicial y su proyección humana. Este principio con relación al defendido, se encuentra contenido en el artículo 8 del Código de Ética del Defensor Público: “Atención. El Defensor Público debe atender con respeto y diligencia a su defendido y prestar toda la atención profesional que el caso requiera, sin discriminación alguna, condición social, género, grupo étnico o religioso”.

Dentro de las funciones del defensor público, el Acuerdo número 04-99 del Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal, que contiene el Reglamento del Servicio Público de Defensa Penal, establece en sus artículos 17 y 18 las siguientes:

Artículo 17. Funciones Técnicas de Carácter General. Las funciones de los Defensores Públicos de Planta y de Oficio en el ejercicio de defensa técnica son las siguientes:

- a) Llevar un estricto control de cada uno de los casos bajo su responsabilidad;
- b) Reunirse con los miembros de la Dirección para analizar y discutir estrategias de defensa cuando sea necesario;
- c) Realizar su función de manera técnica, proba y ética;
- d) Visitar periódicamente a su patrocinado en el centro en que guarde prisión;
- e) Atender cortésmente a los familiares de los patrocinados que requieren información del Abogado;

- f) Realizar todas las gestiones que sean necesarias en la etapa preparatoria para obtener la libertad del patrocinado, haciendo uso incluso de los medios de impugnación cuando sea menester;
- g) Asesorar adecuadamente al patrocinado, previamente a prestar primera declaración;
- h) Realizar investigación de campo cuando el caso lo amerite para recabar mejores datos respecto a la sindicación;
- i) Presentar los medios de impugnación que ayuden a resolver la situación jurídica del imputado de manera inmediata;
- j) Asistir en la etapa intermedia a la audiencia oral para argumentar convenientemente lo que sea de interés del patrocinado, propiciando sobreseimiento, clausuras provisionales, archivos o medidas desjudicializadoras;
- k) En juicio, elaborar por escrito y con anticipación la teoría del caso y compartirla con la Dirección cuando se estime necesario;
- l) Evacuar las audiencias previstas en la fase escrita del proceso;
- m) Asistir al debate digna y decorosamente presentado;
- n) Dirigirse al Tribunal y demás sujetos procesales con respeto y cortesía, pero con toda dignidad, exigiendo igual tratamiento de aquél cuando sea necesario;
- ñ) Interrogar y argumentar eficientemente aplicando los conocimientos que le proporcione la teoría y la experiencia;
- o) Objetar, replicar y presentar reposiciones cuando la situación específica lo exija;

- p) Utilizar los medios de impugnación cuando estime que el derecho del patrocinado ha sido vulnerado con un fallo violatorio del derecho penal sustantivo o de las garantías procesales y constitucionales;
- q) Recurrir a las instancias internacionales cuando el caso lo exija; y
- r) Intervenir en la fase de ejecución por medio de los Defensores asignados.

Artículo 18. Funciones y Obligaciones Administrativas Específicas de los Defensores de Planta.

Las funciones y obligaciones de los Defensores Públicos de Planta en el nivel administrativo son las siguientes:

- a) Asistir puntualmente a sus labores y audiencias programadas por los tribunales;
- b) Presentarse decorosamente a realizar sus actividades cotidianas de trabajo;
- c) Atender las indicaciones e instrucciones giradas por el Director o los Subdirectores Administrativo y Técnico;
- d) Asistir a los cursos de capacitación que programe la unidad respectiva cuando fuere convocado;
- e) Acreditar con la constancia médica respectiva, en caso de inasistencia por enfermedad;
- f) Reportar a la Dirección o Unidad de Asignaciones, el movimiento de trabajo por mes o diario, según se exija por aquella; y
- g) Reportar a la Dirección cualquier obstáculo encontrado en el ejercicio de la función.

También el Reglamento Interno de Trabajo y Disciplinario del Instituto de la Defensa Pública Penal, establece obligaciones que los defensores públicos deben observar, en adición a las contenidas en otras disposiciones, específicamente en el artículo 37, y, además, el artículo 38 de dicho reglamento establece prohibiciones para los servidores públicos de la relacionada institución.

Asimismo, se debe atender a lo establecido en la Ley de Servicio Civil (1968), Decreto número 1748 del Congreso de la República de Guatemala, específicamente en el artículo 4 que indica quienes se consideran servidores públicos, siendo la persona individual que ocupe un puesto en la Administración Pública en virtud de nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo legalmente establecido; y el artículo 64, que establece algunas obligaciones generales que las personas que ostenten la calidad de servidores públicos deben acatar.

Es muy importante que se observe lo indicado en el artículo 6 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, ya que en este artículo se establecen principios éticos generales de la administración pública en Guatemala, principios que abordan lo relativo a la probidad, la que se basa en el respeto a las leyes y a las normas sociales de conducta; los valores que entraña la probidad son aplicables a la vida cotidiana, tanto en las relaciones humanas en general como en las actividades de índole laboral.

Finalmente, si bien es cierto existe suficiente normativa con relación al comportamiento ético del defensor público, se pueden prever las consecuencias administrativas e incluso penales que conlleva el incumplimiento de la misma; será una decisión personal si se respetan a cabalidad estos principios, dependerá de la interiorización que de los mismos se realice para regir las acciones de cada quien con base en los mismos. La voluntad que se tenga de servir de manera honesta, eficiente, eficaz y con probidad, dependerá no solo de la obligación que se tenga legalmente, sino de la empatía que se logre con el usuario y de la satisfacción de contribuir a una mejor sociedad, una sociedad más pacífica, una sociedad en donde la libertad de cada uno y el respeto al ejercicio de la libertad de los demás sea la regla. La norma de oro: tratar a otros como queremos ser tratados, por lo tanto, debe regir el comportamiento individual.

Referencias bibliográficas

Fuentes Fuentes, Idonaldo Arevael. (2013). *Derecho y Lógica*. Guatemala: Instituto de la Defensa Pública Penal.

Higueros García, Arturo. (2009). *Ética Profesional y Cultura Organizacional*. Guatemala: Instituto de la Defensa Pública Penal.

Newstrom, John W. (2011). *Comportamiento Humano en el Trabajo*. (13.^a edición). México: McGraw Hill.

Pérez de Antón, Francisco. (1991). *Ética de la Libertad*. San José, Costa Rica: Cees.

Reina Valera. (1960). *La Santa Biblia*. [s.e.]

Weber, Max. (2001). *¿Qué es la burocracia?* México: Ediciones Coyoacán.

Congreso de la República de Guatemala. (1968). Decreto 1748. *Ley de Servicio Civil*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (2002). Decreto número 89-2002. *Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos*. Guatemala.

Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. (1994). *Código de Ética Profesional*. Guatemala.

Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal. (1999). Acuerdo número 04-99. *Reglamento del Servicio Público de Defensa Penal*. Guatemala.

Instituto de la Defensa Pública Penal. (2008). Acuerdo número 91-2008. *Código de Ética del Defensor Público*. Guatemala.



La responsabilidad penal de los adolescentes

Lic. Carlos Ernesto Molina Obregón

El presente trabajo de investigación se basó en un análisis jurídico de la responsabilidad penal en general, para luego enfocarse en el derecho penal de adolescentes, ya que en la actualidad se está condenando a varios adolescentes al mismo delito por un solo hecho o acción.

Se evidenció la utilización del párrafo cuarto del artículo treinta y seis del Código Penal guatemalteco, como fundamento para solicitar la condena de varios adolescentes simultáneamente.

Se estableció, de igual manera, que dicho aspecto se debe al prejuicio existente en la sociedad de las pandillas, que han captado a la juventud guatemalteca, a niveles verdaderamente críticos, poniendo de rodillas a la población en general.

Se determinó que se obvia demostrar que haya habido concertación por parte de los adolescentes para constituir otro delito, como sería el de conspiración o asociación ilícita, sino únicamente por el hecho de pertenecer a una pandilla ya son acusados por el mismo delito.

Esto significa una violación clara al principio de presunción de inocencia de los adolescentes que pertenecen a pandillas, ya que por el hecho de tener pertenencia a estos grupos antisociales se asume automáticamente los delitos de conspiración o asociación ilícita, lo cual debe ser demostrado fehacientemente.

Básicamente las garantías de preminencia del derecho internacional de los adolescentes se invierten, al ser más drástica la aplicación de la ley penal en contra de ellos que en la jurisdicción de adultos.

Palabras claves: Presunción de inocencia, autor unitario, teoría de la diferenciación, interés superior, conspiración y asociación ilícita.

El sistema acusatorio adoptado por el Estado de Guatemala establece como pilar fundamental para las personas sometidas a proceso penal el principio de presunción de inocencia, que establece que dicho estado natural del hombre debe ser destruido por el ente investigador a través de la prueba.

El ordenamiento jurídico guatemalteco establece la responsabilidad penal de las personas, a través del Código Penal, que permite valorar las acciones de las personas acusadas de cometer un delito de manera individual ya que la aplicación de la pena es de carácter personalísimo.

Sin embargo, cuando los adolescentes transgresores de la ley penal en Guatemala pertenecen a pandillas, son acusados de manera colectiva por un solo hecho o acto, utilizando la teoría del autor unitario, sin demostrar siquiera que existió concertación previa o en todo caso los delitos de asociación ilícita o conspiración, para hacer valer la excepción a la regla establecida en el código penal guatemalteco.

La ley establece que la presunción de inocencia debe ser destruida por el ente investigador por medio de la prueba, no a través de presunciones legales, como el hecho de pertenecer a una pandilla, ya que esto no significa que estén demostrados los delitos de asociación ilícita o conspiración, se debe establecer fehacientemente que existió concertación previa, como lo establece el párrafo cuarto del artículo treinta y seis del Código Penal guatemalteco para condenarlos colectivamente.

Esto también tergiversa el principio de diferenciación del derecho especializado en la materia, que establece, que los adolescentes están investidos de un sistema de protección integral reforzado, el cual debe tomarse en cuenta en todas las decisiones tomadas, con base en el interés superior del adolescente, es decir, la ley penal está siendo más severa con los adolescentes que con los adultos, utilizando el concepto unitario de autor.

De la responsabilidad penal

La palabra responsabilidad procede etimológicamente del vocablo latino “responder”, que se traduce como responder a alguna acción en general, jurídicamente se refiere a la responsabilidad de las personas con relación a sus acciones para enfrentar un proceso en su contra, existen diversas clases de responsabilidad, civil o contractual, objetiva y subjetiva, patronal, pecuniaria y por supuesto penal.

Según Ossorio la responsabilidad penal la identifica como responsabilidad criminal:

La aneja a un acto u omisión penado por la ley y realizado por persona imputable, culpable o carente de excusa voluntaria. Se traduce en la aplicación de una pena. Suele llevar consigo, de haber ocasionado delitos o perjuicios, la responsabilidad civil que sea pertinente (1981, pág. 674).

Es importante notar la definición del autor, en el aspecto referente a la imputabilidad, ya que la presente investigación se enfoca en la justicia juvenil, los cuales por ley son considerados inimputables.

En materia penal generalmente el derecho ordinario establece una serie de categorías para valorar la responsabilidad penal de las personas, sin embargo, cabe mencionar que el ordenamiento jurídico guatemalteco, al igual que el derecho penal internacional, considera inimputables a los menores de edad, es decir, carecen de responsabilidad penal por carecer de capacidad legal.

La misma puede extinguirse de diferentes formas o maneras, por ejemplo, por la muerte del acusado, por amnistía, por perdón del ofendido cuando la ley así lo permita, por prescripción o por el cumplimiento de la pena, de acuerdo al ordenamiento jurídico guatemalteco.

Técnicamente la responsabilidad penal es un elemento de la teoría del delito contemplado por los juristas actuales dentro de una segunda fase de la misma, sin embargo, es uno de los más importantes ya que establece el grado de participación de los sujetos procesales para establecer la culpabilidad.

Dentro de dicha categoría pueden encontrarse instituciones jurídicas que valoran el grado de participación, los cuales pueden ser por acción u omisión, en grado de autor, cómplice o tentativa, además de las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, como pueden ser agravantes o atenuantes y aplicarse causas de justificación, todo esto deriva de la intencionalidad de las acciones en que incurrieron las personas.

Según Díez Ripollés:

Para el concepto unitario de autor, todas las personas que intervienen en la realización de un hecho delictivo, sin importar su contribución material y con independencia de la importancia de dicha colaboración en el marco de la totalidad del hecho, son autores. En consecuencia, no distingue entre autores, inductores, cómplices y encubridores (2001, pág. 330).

Es muy importante para la justicia penal de adolescentes, que se establezca la responsabilidad penal de manera individual, ya que, de la misma deriva la imposición de una pena por parte del órgano jurisdiccional, de conformidad con las penas contenidas en el código penal.

Contrario sensu las teorías diferenciadoras, buscan distinguir los diferentes elementos que permiten resaltar las cualidades entre autores y cómplices, así como de las demás personas que intervengan en un hecho delictivo.

Esta teoría diferencia claramente la calificación de una persona que ejecuta una acción típica antijurídica, de otra que contribuye con el resultado, es decir, diferencia la autoría de la participación.

Como se puede apreciar existen diversas teorías al respecto en el derecho procesal, sin embargo, en la práctica la teoría que impera en el ordenamiento jurídico guatemalteco es la que establece que la imposición de la pena es personalísima, es decir, cada persona responde por sus acciones, diferenciado entre autores y partícipes.

Sin embargo, como en todo el derecho en general, existe una excepción a la norma, la misma se encuentra contenida en el numeral cuarto del artículo treinta y seis del código penal guatemalteco que se refiere a la autoría, que establece:

Artículo 36. Autores. Son autores: 1.- Quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito. 2.- Quienes fueren

o induzcan directamente a otro a ejecutarlo. 3.- Quienes cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer. 4.- Quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación (Congreso de la República de Guatemala, 1973, pág. 16).

A pesar de ello, la aplicación de dicho párrafo del citado artículo en la jurisdicción ordinaria es casi inexistente, ya que en la práctica se establece de manera clara la participación de los sujetos procesales de manera individual, lo cual permite determinar sin temor a equivocarse, la responsabilidad penal en que incurrió cada sujeto procesal.

Por otra parte, en la justicia especializada de adolescentes, están sindicando a varios adolescentes, al delito de asesinato, por ejemplo, por el simple hecho de estar presentes y pertenecer a pandillas, siendo solamente una la persona que realizó la acción.

Pero en ningún momento se demuestra, a través de la relación de causalidad, que haya habido concertación como lo establece el párrafo cuarto del artículo treinta y seis del Código Penal, ya que eso consistiría en otro delito diferente como es la asociación ilícita o la conspiración, impidiendo aplicar la ley más benigna como lo indican los estatutos internacionales, con referencia a la teoría de la diferenciación.

Todo esto deriva del hecho de pertenecer a grupos antagónicos que han florecido en Guatemala y que claramente están influenciando negativamente a la juventud, sin embargo como se recalca, nunca comprueban el delito de asociación ilícita o conspiración para establecer que hubo concertación, lo que permite condenar por la misma acción a varias personas como lo establece dicho artículo, sin beneficiar a los adolescentes al utilizar la teoría de la diferenciación con base en el *corpus iuris* de la niñez y el interés superior del adolescente.

La responsabilidad penal de los adolescentes

El derecho penal de adolescentes, como todos sabemos, es una rama especializada en la materia, que cuenta con doctrina, jurisprudencia, prerrogativas, principios y garantías propias de la materia, sin embargo, sobresalen algunos principios que radicalmente benefician a los adolescentes atendiendo al carácter de su madurez mental.

Es importante conocer de antemano, la existencia de un conjunto de normas vinculadas de protección a los derechos del niño, para Rodríguez:

Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la Convención sobre los Derechos del niño, forma parte de un conjunto de normas vinculadas –*corpus iuris*- de protección de los Derechos del niño, que debe ser considerado al interpretar el significado del Artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Artículo VII de la Declaración Americana, los cuales garantizan

el Derecho del niño a medidas de protección, cuidado y ayuda especiales que por su condición de sujeto en desarrollo, requiere por parte del Estado e indirectamente por parte de la sociedad (2018, pág. 15).

El *corpus iuris* de la niñez es muy extenso, incorpora convenios y tratados de diferentes épocas y generaciones iniciando por la Convención Sobre Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (1989), que busca garantizar un estado de protección integral a los adolescentes.

Existen otros tratados firmados y ratificados por el Estado de Guatemala como son las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (1990), conocidas como Reglas de Tokio, las cuales son aplicadas a las sanciones socioeducativas no privativas de libertad como la libertad asistida o criterios de oportunidad.

Las directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (1990), conocidas como Directrices de RIAD, que establecen mecanismos que deben adoptar los países miembros para la prevención del delito por parte de los adolescentes.

Las reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (1990), conocidas como las Reglas de La Habana, es muy importante para garantizar los derechos inherentes de los adolescentes sancionados con privación de libertad.

Las reglas mínimas de la Organización de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (1985), conocidas como las Reglas de Beijing, que guía al Organismo Judicial en la forma de impartir justicia.

También las decisiones tomadas cada cinco años por el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, conocidas como observaciones generales, que manifiestan recomendaciones de las diferentes deficiencias encontradas en las visitas realizadas a los países miembros y que son de observancia general, en relación a la salud, a la familia, país de origen, VIH o discapacidades físicas, contra los castigos corporales crueles o denigrantes y el interés superior del niño.

En Guatemala, como en otros países de Latinoamérica, no se dan las condiciones sociales, políticas ni económicas para garantizar al cien por ciento el cumplimiento de estos derechos y garantías a favor de los adolescentes, por lo que en una visita de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a petición de la Procuraduría General de la Nación de Guatemala, se dictó por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la medida cautelar número ciento sesenta y uno guion diecisiete, con relación a los Centros Juveniles de Privación de Libertad, para que el Estado de Guatemala adoptara medidas de protección necesarias a favor de los y las adolescentes que se encontraban en dichos centros.

La situación que encontraron era penosa; dentro de los elementos de riesgo que encontraron se hallaban el hacinamiento de personas mayores

de edad, la salubridad, la infraestructura de los centros, la seguridad, etc. Dicha medida cautelar de fecha doce de junio dos mil diecisiete, ordenó mejorar las condiciones de hacinamiento e higiene de los centros de privación de libertad, así como garantizar algunos derechos básicos que estaban siendo violados, como mantener conjuntamente a adolescentes con adultos en cumplimiento de sanción de privación, contrario a lo que dice la ley.

Cabe mencionar que en el caso de adolescentes mujeres, cuentan con una doble protección con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (1994), conocida como Convención Belém do Pará, ya que muchas veces las adolescentes son madres solteras o incluso llegan a dar a luz mientras cumplen la sanción de privación de libertad, como refiere el caso María Isabel Veliz Franco vs. Guatemala, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este grupo de convenios y tratados internacionales se utilizan para garantizar y proteger los principios y garantías constitucionales, a través del control de convencionalidad, a los adolescentes en conflicto con la ley, de algún abuso que pueda surgir, mientras cumplen las sanciones a las que son sometidos.

Dichos principios contenidos en el Derecho internacional son desarrollados en el ordenamiento jurídico interno, a través de la ley específica de la materia, siendo los órganos jurisdiccionales los encargados de velar por su cumplimiento de manera *ex officio* a través del control difuso, en cada audiencia de adolescentes celebrada.

Uno de los principios del derecho penal de adolescentes y el más conocido de estos, es el principio del interés superior del niño, contenida en el artículo tres de la Convención Sobre Derechos del Niño, ratificado por el Estado de Guatemala, que establece:

Artículo 3. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (Organización de las Naciones Unidas, 1989, pág. 3).

Como se puede apreciar, la Convención Sobre Derechos del Niño garantiza a los menores de edad un trato preferencial al ser sometidos a proceso penal, ya que están investidos de un sistema de protección integral reforzado, en virtud de la falta de capacidad legal por no contar con la mayoría de edad.

Esto obliga a que los jueces especializados en esta materia resuelvan con base en este principio de manera obligatoria, sin necesidad siquiera de invocarlo, es decir, de manera *ex officio* a través del control difuso del poder judicial, ya que si no generaría responsabilidad por parte del Estado de Guatemala, al incumplir con la Convención sobre Derechos del Niño, por haber ratificado dicho convenio.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, consecuentemente, también invoca el principio del interés superior en los artículos cinco y ciento cincuenta y uno, desarrollando un poco el tema:

Artículo 5. Interés de la niñez y la familia. El interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de la edad y madurez. Artículo 151. Principio de interés superior. Cuando a un adolescente puedan aplicársele dos leyes o normas diferentes, siempre se optará por la que resulte más favorable para sus derechos fundamentales (Congreso de la República de Guatemala, 2003, pág. 16).

Cabe resaltar que el artículo ciento cincuenta y uno de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia es el equivalente al principio de irretroactividad en la jurisdicción de adultos, que establece que debe aplicarse la norma penal más favorable a las personas sometidas a proceso penal, pero con la diferencia que es en función del principio del interés superior del niño.

Además, el artículo cinco de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia abre las puertas de aplicación a casi todos los ámbitos en la materia, ya que la interpretación que se le puede dar enumera una

gran cantidad de posibilidades que puede abarcar el sistema de protección integral reforzado y obliga al órgano jurisdiccional a tomar en cuenta su opinión como sujeto de derecho.

La importancia de este aspecto radica en que en el año dos mil tres, se aprobó la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en Guatemala, es decir que anteriormente a dicha fecha los adolescentes eran considerados únicamente como objetos de derecho ya que no se tomaba en cuenta su opinión.

Es hasta ese año, con la creación de la ley específica de la materia, que a los adolescentes sometidos a proceso penal se les toma en cuenta para dar su opinión, a través del principio del interés superior del niño, dejando de ser considerados objetos de derecho y se convierten en sujetos de derecho.

La diferencia fue abismal, ya que los adolescentes no eran únicamente objeto de procesos de protección, sino que a partir de esa fecha sería tomada en cuenta su opinión para resolver de manera integral su situación legal.

Otro principio que opera en la jurisdicción de adolescentes en conflicto con la ley penal y que se encuentra íntimamente relacionado con el interés superior del niño es el de diferenciación, el mismo indica que los adolescentes están ubicados en la sociedad en un grupo de mucha vulnerabilidad, ya que debido a la falta de madurez psicológica muchas

veces son engañados por adultos para la comisión de un delito, por lo que su responsabilidad penal es distinta a la de los adultos.

Esto se logra a través de un derecho preminente de los adolescentes sobre las demás personas, incluso sobre las víctimas, así como de un trato preferente, en virtud de ejercer parcialmente sus derechos por falta de capacidad legal, la cual se obtiene con la mayoría de edad y se ejerce de manera semiautónoma.

La capacidad de los adolescentes es llamada semiautónoma, ya que la misma evoluciona con la edad cronológica del adolescente conforme adquiere madurez psicológica y es por eso que los que adquieren la mayoría de edad deben ser separados de los adolescentes menores de edad que se encuentran privados de su libertad.

Otro de los principios propios del derecho penal de adolescentes es el de diversificación, que establece un sin número de sanciones diferentes a las de los adultos, enfocándose siempre en ser una sanción socioeducativa, ya que el derecho penal de adolescentes no es retributivo sino restaurativo, busca la reinserción en la familia y en la sociedad.

Dentro de las sanciones socioeducativas contenidas en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia existen medidas no privativas y privativas de la libertad, que responden a las necesidades de cada uno de los adolescentes sometidos a proceso penal, de manera integral para la idoneidad de la reinserción y resocialización social y familiar.

Dentro de las no privativas se encuentran la amonestación y advertencia por parte del juez, la libertad asistida, prestación de servicios a la comunidad, reparación del daño al ofendido, órdenes de orientación y supervisión consistentes en prohibición de residir en cierto lugar o visitar algún lugar específico, no relacionarse con ciertas personas, inscribirse en algún centro académico o laboral, abstenerse de consumir bebidas alcohólicas y la privación del permiso de conducir algún tipo de vehículo automotor.

También existe la sanción privativa de libertad, dentro de las cuales encontramos diferentes modalidades como domiciliaria, durante el tiempo libre, los fines de semana y en centros especializados de cumplimiento en régimen cerrado, semiabierto y abierto, actualmente existe el nuevo Modelo de Gestión Juvenil Casa Intermedia pionera en la atención integral de los adolescentes sancionados con privación de libertad, el cual es administrado por la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia.

De esta manera, el principio de diversificación establece un sin número de sanciones diferentes a la jurisdicción de adultos, que permite un enfoque integral en la solución de los casos concretos basándose en las necesidades específicas de cada adolescente y sus familias, ya que las mismas se adaptan a cada situación legal y familiar, permitiendo la idoneidad de su aplicación al cumplir con el fin del proceso penal de adolescentes que es la reinserción y resocialización de los mismos, allí radica la importancia de este principio.

Otros de los principios en la jurisdicción de menores de edad son los de confidencialidad y privacidad, ambos buscan establecer un sistema de protección para los adolescentes transgresores de la ley penal, evitando que los datos de identificación personal sean revelados o que les aparezcan antecedentes penales o policíacos por la comisión de dichas acciones, ya que se truncaría el derecho al desarrollo natural por tratarse de seres humanos en formación.

Finalmente, el principio de especialización fundamentado en el artículo seis de las disposiciones transitorias de la Ley PINA que establece que todas las entidades del Estado que participen en procesos penales de adolescentes deben adecuar las respectivas unidades para su especialización en la materia y no puede ser llevada a cabo ninguna audiencia en incumplimiento de dicho principio, en virtud de que sería violatorio de los derechos del menor.

Es claro entonces que la responsabilidad penal de los adolescentes en conflicto con la ley penal es distinta a la responsabilidad penal de una persona adulta, ya que la capacidad legal ejercida por un adolescente es distinta, por lo que definitivamente debe ser más benigna, de conformidad con el principio de diferenciación y el interés superior del niño.

Nunca debe utilizarse el concepto unitario de autor en su contra, ya que es un criterio más drástico, incluso al que se aplica a los mayores de edad, contrariando todos los tratados y convenios firmados y ratificados por el Estado de Guatemala a pesar de que los adolescentes sindicados pertenezcan a pandillas, primero debe demostrarse que hubo concertación para aplicar el artículo respectivo.

La responsabilidad penal de los adolescentes en conflicto con la ley penal es distinta a la responsabilidad penal de los adultos en la jurisdicción ordinaria, ya que ejercen una capacidad legal semiautónoma, la cual se acrecienta simultáneamente con la edad cronológica del adolescente, por lo que deben ser sometidos a un trato especial con base en el principio de diferenciación y el interés superior del niño.

El Estado debe brindar un sistema de protección integral reforzado a los adolescentes sometidos a proceso penal, para garantizar el control difuso de convencionalidad de los órganos jurisdiccionales, para no generar responsabilidades a nivel internacional por parte del mismo.

La aplicación del concepto unitario de autor en el proceso penal de adolescentes viola los convenios y tratados internacionales firmados y ratificados por el Estado de Guatemala, al sindicarse de manera simultánea a varios adolescentes por un solo hecho delictivo, simplemente por que pertenecen a pandillas, sin demostrar que hubo concertación previa como lo establece el Código Penal guatemalteco.

Referencias bibliográficas

Rodríguez, Alejandro. (2018). *Estrategias de defensa en delitos atribuidos a adolescentes en conflicto con la ley penal*. Guatemala: IDPP.

Díez Ripollés, José (Coordinador). (2001). *Manual de Derecho Penal Guatemalteco -Parte General-*. Guatemala: Artemis Edinter.

Diccionarios

Ossorio, Manuel, (1981). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.

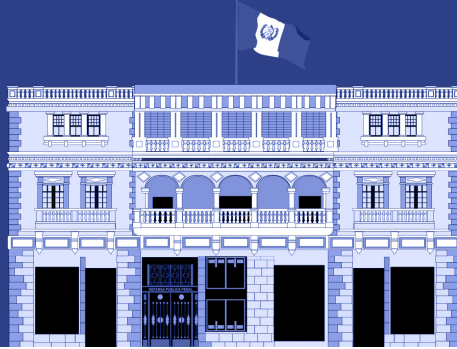
Leyes

Asamblea Nacional Constituyente. (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (1973). Decreto número 17-73. *Código Penal*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (2003). Decreto número 27-2003. *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia*. Guatemala.

Organización de las Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre Derechos del Niño*. Nueva York, Estados Unidos de América.



Los principios del constitucionalismo guatemalteco y su aplicación en la doctrina neoconstitucionalista

Dra. Ivette Amarilis Joaquin Amaya

1. Principios constitucionales en Guatemala

En el presente documento se pretende hacer referencia a principios constitucionales aplicados e interpretados por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en su función de defensa del orden constitucional, y analizar como son aplicados con base en una doctrina neoconstitucionalista, que deje lejos a una interpretación de reglas o silogismo jurídico.

Debiendo recordar que, doctrinariamente, no existe un listado identificable o taxativamente preestablecido, sino que son identificables por su contenido y fuerza argumentativa. Entre otros principios se mencionan los siguientes:

a. Principio de imperatividad constitucional

Hablar de principios es referirse a los lineamientos o directrices por medio de los cuales se crean, interpretan y se aplican las normas jurídicas, este principio es parte del principio de supremacía constitucional, que indica la aplicación forzosa de la Constitución, de carácter obligatoria y aplicación

obligatoria para toda la población, por ello debe ser cumplida por todos, por dar parámetros de interpretación.

Para comprender este principio debe establecerse que la Constitución se compone básicamente de dos partes, su parte material, orgánica institucional, el cual es un contenido obligatorio de toda Constitución, que comprende la organización y regulación del funcionamiento de los poderes u órganos fundamentales del Estado: Organismo Legislativo, Ejecutivo y Judicial; correspondiéndole a este último garantizar el respeto de la ley primaria, se establecen así mismo diferencias que corresponden a cada órgano, a fin de evitar la concentración del poder y el abuso del mismo; y una parte formal o dogmática que comprende los derechos y libertades fundamentales, que aluden a los derechos humanos que son tutelados por el ordenamiento jurídico vigente que gozan por lo general de una tutela forzada (Flores Orellana, Guerra Sermeño & Arguera González, 2004, pág. 4).

Este principio ha sido aplicado e interpretado de manera reciente por la Corte de Constitucionalidad, en resolución de amparo de fecha 29 de agosto de 2017, contenido en el expediente número 4189-2017, acción que fue interpuesta por el Abogado Augusto Jordán Rodas Andrade, Procurador de los Derechos Humanos, quien promovió amparo en contra del Presidente de la República de Guatemala, señalando como persona *non grata* al Comisionado de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala. Y es que la contravención a la normativa relacionada implica a la vez inobservancia por parte de la autoridad denunciada de los principios

de imperatividad de los preceptos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, la jerarquía que dicha preceptiva rige sobre otra de inferior rango.

b. Principio de supremacía constitucional

Regulado en los artículos 44, 175 y 205 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al respecto ha indicado la Corte de Constitucionalidad en Gaceta número 31, expediente 330-92: “Uno de los principios fundamentales que informa al derecho guatemalteco es el de supremacía constitucional, que implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución y esta como ley suprema es vinculante para gobernantes y gobernados, a efecto de lograr la consolidación del estado constitucional de derecho”.

Como efectos del principio de supremacía constitucional se señalan:

- a. Rigidez constitucional: Este efecto se refiere al hecho de que una ley superior requiere de un procedimiento más riguroso para su modificación que una ley ordinaria.
- b. Subordinación del poder: La supremacía constitucional implica la subordinación al poder, a lo establecido en la norma fundamental.
- c. Reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales: Se refiere a la protección de los derechos, por medio del mecanismo de protección: la acción de inconstitucionalidad de manera general y concreta.

c. Principio de unidad de la Constitución

Este principio se refiere a una relación e interdependencia entre los diversos elementos de la Constitución, que obligan a no contemplar de manera aislada, sino siempre en el conjunto en el que debe ser titulada, evitando justamente la contradicción con otras normas constitucionales. “La interpretación tiene que estar orientada siempre a preservar la unidad de la Constitución como punto de partida de todo el ordenamiento jurídico” (Mora-Donatto, 2002, pág. 68).

Como ejemplo de aplicación de este principio por la Corte de Constitucionalidad, se evidencia la sentencia contenida en el expediente número 4292-2016, que resuelve la inconstitucionalidad general parcial promovida por el Alcalde Municipal de Jalapa, departamento de Jalapa, en contra de la literal d) del artículo 3 del Reglamento para la prestación del servicio público de transporte extraurbano de pasajeros por carretera y servicio especial exclusivo de turismo, agrícola e industrial, contenido en el Acuerdo Gubernativo 225-2012 de fecha catorce de septiembre de dos mil doce. Para resolver en este caso concreto, la Corte de Constitucionalidad hace referencia al principio de unidad de la Constitución indicando:

Partiendo de las normas citadas, y realizando una labor de interpretación armónica del texto constitucional, según la cual el significado de cada parte debe determinarse en armonía con el de las partes restantes y el principio de unidad... (Indicando que) el artículo 3 dispone: “...d) De una cabecera municipal u otro lugar del mismo municipio a cualquier lugar dentro de la

misma circunscripción municipal, cuya distancia sea mayor a diez kilómetros fuera del perímetro urbano;...” (lo cual se encuentra contenido en el) Reglamento para la Prestación del Servicio Público de Transporte Extraurbano de Pasajeros por Carretera y Servicio Especial Exclusivo de Turismo, Agrícola e Industrial, contenido en el Acuerdo Gubernativo 225-2002 del Presidente de la República de Guatemala...

Puede decirse, entonces, que la Corte de Constitucionalidad aplicó en su interpretación el principio de unidad de la Constitución, porque hizo alusión de cada una de las normas constitucionales y la relación de cada una de ellas, porque con base en este principio no se puede interpretar en forma aislada, sino dentro del conjunto constitucional.

d. Principio de legalidad de las funciones públicas

Conforme este principio a un funcionario público le está permitido hacer y le está prohibido lo contenido en la normativa, y como ejemplo de aplicación e interpretación con base en este principio se menciona la sentencia de amparo contenida en el expediente 4730-2016, indicando: “Asimismo, el principio de legalidad de las funciones públicas consagrado en los artículos 152 y 154 de la Constitución Política de la República, obliga a que el ejercicio del poder esté sujeto a las limitaciones señaladas por la Norma Suprema y la ley. Además, en el Texto Fundamental se establece que los funcionarios públicos son depositarios de la autoridad, “responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley” (artículo 154 citado)”.

Con base en este principio, la Corte de Constitucionalidad analizó en el caso concreto, en donde la entidad J.L. Cohen, Sociedad Anónima, promovió amparo en contra del Director Financiero del Ministerio de Finanzas Públicas, señalando como agravio la emisión del oficio identificado con el número DF-DGDI00-119-2016, de fecha veinte de enero del dos mil dieciséis, por medio del cual la autoridad comunicó a la postulante que de acuerdo al Reglamento Orgánico Interno del Ministerio, esa dependencia no tiene facultades para dar trámite a la solicitud, porque los asuntos tributarios son competencia exclusiva de la Administración Tributaria.

Puede, entonces, advertirse que la Corte de Constitucionalidad aplicó un principio para poder analizar la normativa impugnada y la resolución, indicando que los funcionarios deben ajustarse a lo establecido en la ley, por ello confirmó la resolución impugnada.

e. Principio constitucional de proporcionalidad o razonabilidad

Este principio ha sido considerado doctrinariamente como una herramienta metodológica importante dentro del constitucionalismo, porque ha permitido superar los métodos tradicionales de interpretación de la ley fundamental, que busca lograr la igualdad proporcional entre bienes jurídicos tutelados. “Pero ciertamente adquiere gran necesidad y relevancia por las necesidades de utilizarlo para resolver múltiples problemas, cuya solución sin él sería dejada al decisionismo y la arbitrariedad” (Sánchez Gil, 2009, pág. 1).

En cuanto al principio de proporcionalidad ha indicado la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (2018): “...este principio exige al legislador definir tipos sancionatorios idóneos para la protección de los bienes jurídicos que pretende tutelar. La proporcionalidad implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional” (Expediente 2951-2017, pág. 21).

El principio de proporcionalidad como mecanismo de ponderación o balance en la resolución de conflictos entre derechos o valores y derechos constitucionales es utilizado desde la década de 1950, y las razones esgrimidas para la adopción del principio de proporcionalidad son: la mayor transparencia que otorga a los requerimientos de justicia en la adjudicación constitucional; capacidad de fomentar la participación liberativa de los involucrados pero también de la población en general y su flexibilidad como herramienta para proteger derechos individuales” (Durango Alvarez, 2006, pág. 559).

Desde el punto de vista del autor Robert Alexy, los derechos fundamentales pueden entrar en colisión entre sí y existe colisión entre derechos fundamentales cuando el ejercicio o la realización del derecho fundamental por parte de su titular tiene una repercusión negativa en el derecho fundamental del otro titular, por lo que cuando entran en colisión, debe establecerse el principio de razonabilidad para establecer una relación de precedencia condicionada (Burga Coronel, 2011, pág. 256). En sentido estricto este principio se conoce como ponderación.

Como ejemplo de aplicación del principio de proporcionalidad y razonabilidad se menciona la sentencia de fecha veintiuno de febrero del año dos mil diecisiete, contenida en el expediente número 3076-2016, que resuelve la inconstitucionalidad general parcial promovida por Nydia Lissete Arévalo Flores, en su calidad de Directora General del Instituto de la Defensa Pública Penal, objetando el artículo 20 de la Ley de Servicio Público de la Defensa Penal que establece: “ La Sección Metropolitana estará integrada por 25 defensores de planta”. La razón de impugnación es que esta norma viola los artículos 4, 8 y 12 de la Constitución Política de la República.

f. Principio de seguridad o certeza jurídica

Este principio interpretativo es utilizado por la Corte de Constitucionalidad, lo cual se ejemplifica en el expediente número 2951-2017 de dicha Corte, sentencia de la acción de inconstitucionalidad general parcial promovida por Alberto Antonio Morales Velásquez en contra del segundo párrafo del artículo 407 “N” del Código Penal, quien procede a analizar dentro de su interpretación el principio de seguridad o certeza jurídica: “En cuanto a este principio, se ha considerado que es generador de certeza, y constituye un medio de defensa contra la arbitrariedad, por lo que constituyen manifestaciones de este: la estabilidad normativa y la determinación clara de las disposiciones legales aplicables. Este principio o valor representa una aplicación objetiva de la ley, de modo tal que si una norma ostenta seguridad jurídica, los individuos...” (Gaceta Jurisprudencial, 2017, pág. 12).

g. Principio de legalidad

Ha indicado sobre este principio el autor Enrique Bacigalupo (1999): “El principio de legalidad se expresa en exigencias dirigidas al legislador y a los Tribunales. Una sanción penal se habrá aplicado con arreglo al principio de legalidad si está establecida en una *lex praevia* (exclusión de la aplicación retroactiva de las leyes penales) y en una *lex scripta* (exclusión del derecho consuetudinario), que reúna las condiciones de una *lex certa* (exclusión de las cláusulas generales), interpretada como una *lex stricta* – exclusión de la extensión analógica de la ley penal- (...)” (pp. 105 y 106).

Sobre este principio la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha indicado: “... no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por la ley anterior a su perpetración. Este principio, que a su vez constituye una garantía para un juzgamiento conforme al principio jurídico del debido proceso” (Gaceta Jurisprudencial, 2013). Se encuentra contenido en la Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 11, y el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”.

h. Principio protectorio

Se hace referencia a este principio porque la Corte de Constitucionalidad lo ha tomado en consideración para resolver en sentencias de amparo.

“Este principio tiene por finalidad proteger la dignidad del trabajador en su condición de persona humana” (Grisolía, 2005, pag.1). De conformidad con la interpretación realizada por la Corte de Constitucionalidad este principio busca proteger al trabajador para poder equilibrar sus debilidades frente a la superioridad del empleador, con ello se busca evitar el abuso de que pueden ser víctimas los trabajadores y se utiliza como directiva al legislador para que adopte las técnicas necesarias para poder cumplir con los artículos 101, 102, 103 y 106 de la Constitución Política de la República y también para los jueces con el fin de poder interpretar la norma laboral.

Este principio, a modo de ejemplo de su aplicación se encuentra contenido en el expediente 3443-2007, sentencia de fecha veinticuatro de enero del año dos mil ocho, que resuelve el amparo promovido por Distribuidora de Electricidad de Oriente, Sociedad Anónima, contra la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social. Resolviendo la Corte de Constitucionalidad en el sentido de confirmar la resolución impugnada, mediante la cual la Sala en referencia confirmó la dictada por el Juzgado Primero de Trabajo y Previsión Social de la Primera Zona Económica, que declara sin lugar la resolución de fecha 26 de enero del año dos mil seis.

En uno de los argumentos que utiliza la Corte de Constitucionalidad para resolver, hace referencia a la resolución de la Sala, con base en las diferencias preexistentes entre trabajador y empleador, el desequilibrio jurídico existente, ajustando la decisión a las necesidades y principios

del derecho del trabajo y aplica el principio protectorio para lograr la equiparación entre las diferencias existentes entre las partes y se atendió a la directiva expresa que se le hace al operador de justicia, en el texto constitucional de interpretar la norma laboral respetando los principios propios del derecho de trabajo.

Como puede analizarse, la Corte de Constitucionalidad entró a examinar el principio protectorio que es una guía de aplicación de la norma constitucional en materia de trabajo, la cual fue utilizada para poder resolver tanto el juez ordinario como el Tribunal Constitucional.

i. Principio *in dubio pro legislatoris*

“El principio *in dubio pro legislatoris* o de conservación de la norma, conlleva que la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad debe ser un suceso excepcional fundado en la coincidencia sustancial del tribunal constitucional con un planteamiento que, por medio de una adecuada labor de argumentación jurídica, revele de forma clara y contundente la colisión directa de la norma impugnada con la ley fundamental” (Morales, 2017, pág. 224).

Principio que ha sido aplicado por la Corte de Constitucionalidad en el expediente 2951-2017 (página 18):

(...) los actos y normas tienen su origen en decisiones de los poderes legítimos, tienen una presunción de constitucionalidad, lo que trae como consecuencia el considerar excepcional la posibilidad

de invalidarlos; situación que especialmente se manifiesta cuando se trate del órgano legislativo (...) puede declararse la inconstitucionalidad cuando es evidente la contradicción con la Constitución y existan razones sólidas para hacerlo. Cuando no haya bases suficientes se debe respetar la decisión del Congreso (...) La Corte debe declarar la inconstitucionalidad de la ley cuando su contradicción con el texto constitucional es clara, en caso contrario, es conveniente aplicar el principio de conservación de los actos políticos y la regla básica de la jurisdicción constitucional: *indubio pro legislatoris* (Corte de Constitucionalidad, 2017).

En consecuencia, el principio *in dubio pro legislatoris* es otro principio que tiene su base constitucional y el mismo es aplicado en el derecho constitucional guatemalteco, tiene su fundamento en que el poder proviene del pueblo y la separación de poderes existentes y de ahí que la función que corresponde ejercer con exclusividad, conforme a lo establecido en el artículo 171 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala, al Congreso de la República de Guatemala, es el de decretar, reformar y derogar leyes.

j. Principio de capacidad económica, contributiva o de pago

De conformidad con este principio, el “legislador no puede establecer tributos sino está tomando como presupuestos circunstancias que sean reveladoras de capacidad económica y modulando la carga tributaria de cada contribuyente en función de la intensidad con la que el mismo ponga de manifiesto el índice seleccionado de capacidad económica. Un tributo que se aplicará sobre una circunstancia que no fuera reveladora de

capacidad económica sería inconstitucional” (Tovillas Morán, 2009, pág. 27). Este principio tiene su sustento legal en los artículos 119 y 243 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

k. Principio de igualdad

Constituye un principio fundamental en materia de derechos humanos, el cual se encuentra regulado en el artículo 4 de la Constitución Política de Guatemala que preceptúa: “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos”. Y como ejemplo de aplicación por la Corte de Constitucionalidad del principio de igualdad se hace mención a los argumentos indicados en el expediente acumulado número 6046-2016 y 6047-2016, de fecha 25 de octubre de 2017, que resuelve sobre la inconstitucionalidad general planteada, objetando en el párrafo sexto contenido en el artículo 22 del Decreto 9-2015 del Congreso de la República de Guatemala, que reformó el artículo 46 del Decreto 57-92 del Congreso de la República, el cual establece: “Por ningún motivo se realizarán contratos abiertos con proveedores únicos”.

Al hacer un análisis se estima que la Corte de Constitucionalidad en la sentencia antes indicada, ha mencionado un principio fundamental contenido en el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, haciendo referencia a cómo debemos interpretar el mismo, el cual es fundamental para resolver a criterio de la misma Corte, lo cual pone de manifiesto su punto de vista y enfoque de carácter neoconstitucionalista.

2. Principios axiológicos contenidos en el preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala

La Constitución Política de la República de Guatemala ha sufrido reformas, mencionándose las reformas constitucionales del año de 1993, que incluyó un incremento en el número de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de 9 a 13 integrantes, el período para presidente, vicepresidente, diputados del Congreso de 5 a 4 años, para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de 5 años, el aumento en el periodo de gestión de los alcaldes a 4 años. La Constitución Política de la República contiene una parte dogmática en la cual están contenidos los derechos fundamentales, regulando derechos individuales y derechos sociales, actualmente la doctrina moderna hace referencia a los derechos ambientales o derechos de tercera generación; y una parte orgánica que regula la organización del Estado y de los Organismos del Estado.

Por ello la Constitución Política en el caso de Guatemala, es la ley máxima suprema que refleja el contrato social vigente, que por su naturaleza se basa en principios de justicia que garantizan los derechos y libertades de todas las personas. Los principios se encuentran contenidos en la parte dogmática de la Constitución y de ahí la importancia de los mismos, porque no son cambiantes, porque para que sean cambiados o modificados en cuanto a la parte dogmática de la Constitución requiere de un procedimiento que se estima bastante estricto, que exige que sea por medio de una Asamblea Nacional Constituyente y la parte orgánica debe ajustarse a lo contenido en la parte dogmática, no puede existir contradicción.

En el preámbulo de la Constitución se encuentran o se enuncian los principios axiológicos o valores fundamentales en los cuales los legisladores se basaron en la redacción y elaboración de la misma, dentro de los principios axiológicos contenidos se mencionan: la afirmación de la primacía de la persona como sujeto y fin del orden social; el reconocimiento de la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad; el reconocimiento del Estado como responsable de la promoción del bien común; la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad, paz, plena vigencia de los derechos humanos, consolidación de un orden institucional, estable, permanente y popular y el estado de Derecho, en donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al derecho. En consecuencia, la misma Corte de Constitucionalidad ha considerado que el preámbulo constitucional puede constituir una fuente de interpretación porque su contenido plasma varios principios axiológicos, que han inspirado la elaboración de la ley fundamental.

3. Función y aplicación de los principios del constitucionalismo guatemalteco y su aplicación en la doctrina neoconstitucionalista

La interpretación y argumentación ha venido adquiriendo un papel fundamental que deben de tomar en consideración los jueces y magistrados, en defensa de los derechos fundamentales, porque se demanda una aplicación de justicia desde la perspectiva constitucionalista y por medio de una nueva doctrina de interpretación constitucional como ha sido la doctrina del neoconstitucionalismo.

El neoconstitucionalismo es una nueva doctrina que surge posteriormente a la Segunda Guerra Mundial, con el establecimiento de un nuevo Estado Constitucional de Derecho, en contraposición a los Estados imperantes de tipo autoritario y expone una nueva forma de interpretación y aplicación del derecho constitucional, partiendo de la Constitución en el sentido de que su aplicación no sea únicamente limitarse a las normas, sino que debe ir más allá con base en los principios, valores que lo informan, ponderando con base en argumentos de justicia.

Esta nueva doctrina ha sido defendida y propuesta por varios autores, entre ellos puede mencionarse a Robert Alexis, Ronald Dworking, Gustavo Zagrebelsky, Luis Roberto Barroso, Carlos Nino, Carlos Bernal Pulido, Luis Pietro Sanchis, Susanna Pozzolo.

En el caso de Guatemala, debe iniciarse explicando que la Constitución Política de la República parte de un sistema de jerarquía de normas, es la norma fundamental del Estado y deben obligadamente los jueces y magistrados observar en toda resolución que emitan la supremacía constitucional, por ello todo el ordenamiento jurídico debe estar acorde a la misma, por ello se habla de la fuerza normativa de la Constitución. Como se ha podido establecer la obligación de cumplir con el principio de supremacía de la Constitución, corresponde esta no solo a los magistrados sino a los jueces en su función de ejercer la jurisdicción ordinaria, a pesar de que existe un órgano especializado en la defensa del orden constitucional como lo es la Corte de Constitucionalidad.

Por ello, la doctrina neoconstitucionalista plantea como partida el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y la aceptación de que la misma se encuentra integrada de principios y valores. Es por ello que, en el caso de Guatemala, se parte del principio de supremacía constitucional, por ende, de la obligación de observancia y aplicación de la Constitución Política, considerando que puede afirmarse en nuestro país, que la Corte de Constitucionalidad hace aplicación de principios que orientan a una nueva forma de interpretación neoconstitucionalista y se ha dejado atrás la aplicación mecánica de las normas.

Ahora bien, con relación a cuál es la función e importancia de los principios en el sistema guatemalteco, se estima importante hacer referencia al autor Zagrebelsky que ha indicado: “Existen en las Constituciones principios de justicia los cuales fungen como orientaciones de las acciones de los poderes públicos y estos principios vendrían a ser nada menos que los derechos fundamentales...” Haciendo referencia a la distinción entre principios y reglas indica “las leyes de las que se compone el derecho vendrían a ser las reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos básicamente serían los principios jurídicos” (Romero Martínez, 2015, pág. 27).

Por ello la función e importancia de los principios en el ordenamiento jurídico guatemalteco deviene que los mismos establecen o proporcionan criterios para resolver determinadas situaciones, por ello se habla de que cada caso concreto no está resuelto de antemano, y aplicando los principios que en palabras del autor en mención lo constituyen los derechos

fundamentales he ahí su principal importancia, pero no la única, porque para evitar la incertidumbre y el arbitrio en su aplicación se requiere que los juzgadores motiven o razonen sus decisiones, al tener que emitir un cúmulo de razones que justifican su decisión con base en principios. Pero, es importante aclarar que los principios que son aplicados por la doctrina neconstitucionalista son los derechos fundamentales contenidos en la parte dogmática y aquellos principios que se encuentran en la parte orgánica, al constituir pilares fundamentales en la toma de decisiones políticas elementales para el mantenimiento de un Estado democrático.

Habiendo concretado la importancia y función de los principios en Guatemala, debe concretarse a explicar cómo se aplican en la doctrina neoconstitucionalista. Dejando claro que la doctrina neoconstitucionalista parte de la fuerza normativa de la Constitución y el reconocimiento con base en principios y valores contenidos dentro de la norma constitucional, la función de aplicación corresponde a los operadores de justicia y se aplica por medio de una técnica diferente de interpretación constitucional, partiendo de principios que como se ha indicado son los derechos fundamentales, que cumplen con la obligación del Estado de proporcionar justicia a la población por medio de decisiones más justas. “Los principios son entonces guías o normas fundamentales del sistema jurídico impregnadas de un denso contenido moral que representa la cultura y valores construidos por la sociedad, no se asumen como supuestos de hecho sino como ideas generales de dichas construcciones, por lo cual su aplicabilidad a casos concretos siempre presenta un carácter de amplia indeterminación” (Romero Martínez, pág. 49).

Son aplicados en la doctrina neoconstitucionalista, por medio de una operación de ponderación de los principios el cual es aplicado al caso concreto. En Guatemala, como se ha venido analizando, ha sido en los últimos años aplicado por la Corte de Constitucionalidad, quien analiza y aplica diversos principios, los cuales se plasmaron algunos como una muestra de su existencia, la argumentación que es fundamental porque no es un trabajo de interpretación de supuesto de hecho, derecho y consecuencia jurídica, como sería un sistema de tipo positivista con aplicación de reglas, porque se demanda un cambio de paradigma y una nueva forma de ver la Constitución, porque de antemano no se sabe la forma de resolver en cada caso concreto.

A modo de aclaración es importante hacer referencia a los principios entendidos en la doctrina neoconstitucionalista, de los principios constitucionales en sentido restrictivo y extensivo, como indica el autor Juan Manuel Romero Martínez (2015):

Los derechos fundamentales conforman los principios, los ideales, los valores y la cultura de las sociedades actuales y los principios representan a la vez, principios que han sido positivizados en normas fundamentales, como lo es la Constitución. Los principios constitucionales en sentido extensivo, es decir, incluyendo a los derechos fundamentales son las piezas esenciales para la conformación y desarrollo de los Estados Constitucionales de derecho y los principios constitucionales en sentido restringido son elementos indispensables para el funcionamiento y sostenimiento

de los Estados democráticos, pero no se identifican con un derecho de algún individuo o grupo social (pág. 56).

Es decir que su aplicación demanda que los jueces puedan tener un cambio de mentalidad y sean argumentadores de las decisiones asumidas y no solo se limiten a encuadrar hechos a las normas, porque es un gran reto que propone la doctrina neoconstitucionalista.

Referencias bibliográficas

Alexy, Robert. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, Robert. (1997). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Bacigalupo, Enrique. (1999). *Principios constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina. (s.e.).

Barzotto, Luis Fernando. (1999). *Positismo jurídico contemporáneo: Una introducción a Kelsen, Ross y Hart*. (s.l.). Leopoldo, Unisinos.

Betti, Emilio. (1975). *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. (2.^a edición). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Burga Coronel, Angélica María. (2011). *El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Primera Jornada Internacional de Derecho Constitucional. Perú. (s.e.)

Durango Álvarez, Gerardo. (2006). *Derechos fundamentales y democracia deliberativa*. Colombia: Editorial Temis.

Fernández Segado, Francisco. (2005). *Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución*. En Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.): *Interpretación Constitucional*. Tomo I. México: Porrúa.

Flores Orellana, María Magdalena; Guerra Sermeño, Sonia Maribel & Arguera González, José Reynaldo. (2004). *Control Difuso de Normas*. San Salvador: Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad Francisco Gavidia.

Grisolia, Julio Armando. (2005). *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. Bogotá. (s.e.).

Morales Bustamante, Alejandro. (2017). *Control de constitucionalidad normativa*. Contenido en Pereira-Orozco, Alberto et. al. *Derecho Procesal Constitucional*. (4.^a edición). Guatemala: (s.e.).

Mora-Donatto, Celia. (2002). *El valor de la Constitución normativa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Romero Martínez, Juan Manuel. (2015). *Estudio sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México.

Sánchez Gil, Rubén. (2009). *Cuestiones Constitucionales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional (Número 21). México.

Sánchez Vásquez, Rafael. (1999). *Metodología de la ciencia del Derecho*. (4.^a edición). México: Porrúa.

Tovillas Morán, José María. (2009). *Lecciones de Derecho financiero y tributario*. (4.^a edición). Barcelona, España: (s.e.).

Zagrebelsky, Gustavo. (1987). *Proceso constitucional*. Volumen XXXI. Editorial Milán.

Zagrebelsky, Gustavo. (1993). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

Zagrebelsky, Gustavo. *Jueces Constitucionales*. Discurso pronunciado el 22 de abril de 2006, en Roma, Italia, con motivo de la celebración del 50 aniversario de la Corte Constitucional Italiana.

Referencias electrónicas

http://www.ecured.cu/index.php/Or%C3%ADgenes_de_la_Interpretaci%C3%B3nWarat, Luís Alberto. Sobre la Dogmática Jurídica.

www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/64-78-1-PB.pdf

Interpretaciónjurídicaysusescuelas.blogspot.com

- La interpretación Jurídica según Riccardo Guastini. <https://www.researchgate.net>

- Hernández Ramírez, José Luis. Análisis de la formula: Interpretación Jurídica. División de Estudios Jurídicos de la Universidad de Guadalajara. Marzo. 1995. [Wwww.filosofiyderecho.com/rtfd/numero5/interpretación.htm](http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero5/interpretación.htm)

- Sáenz Juárez, Luis Felipe. La Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala. Anuario de Derecho Constitucional. www.juridicas.unam.mx.

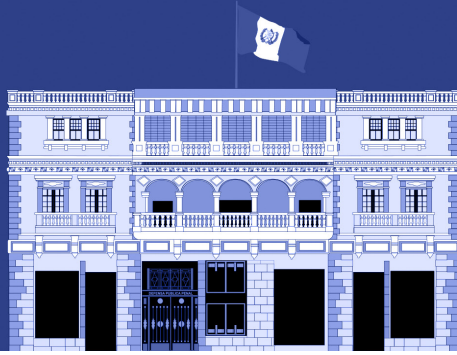
- Reale Giovanni y Darío Antisieri. Historia del Pensamiento Filosófico y científico. Tomo III. www.olimon.or/uan/reale-antisiere-3/6.htm

Expedientes judiciales

Corte de Constitucionalidad. Guatemala. Expediente 2951-2017.

Corte de Constitucionalidad. Guatemala. Gaceta Jurisprudencial, número 39.

Corte de Constitucionalidad. Guatemala. Gaceta Jurisprudencial, número 60.



Sistema sancionatorio en el derecho penal de adolescentes

Licda. Ingrid Patricia Alvarado Mazariegos

Consideración previa

El adolescente constituye un grupo social diferenciado que debe ser tratado de forma diferente, es decir, el objeto es un trato jurídico penal que respete su propia identidad como grupo y personas, ya que ellos están en una etapa difícil de desarrollo y socialización, que de por sí es distinta, autónoma y diversa a la del adulto. El derecho penal del adolescente constituye un instrumento más de control social, se considera que la razón es que deviene de la naturaleza violenta revelada siempre y que viene a ser de carácter penal.

Debe tomarse en cuenta que el proceso de socialización del adolescente como tal debe ser coherente con las otras instituciones de control dentro de un mismo programa político social, que coadyuve en dar respuesta a la conducta desviada del adolescente, no puede partirse del hecho que actuar aisladamente nos dará alguna eficacia positiva en ellos, lo más probable es que sirva de instrumento de terror y represión sin sentido, sino no lo canalizamos de forma correcta.

A finales del siglo XIX el adolescente pasa a ser el prototipo de peligroso social, esto se da en el Positivismo Criminológico, esto derivado de que se tomaba como base, anteriormente, cuando existía la necesidad de explicar la delincuencia juvenil lo nombraban como el delincuente menor de edad enfermo, como un caso patológico que debía ser evaluado y diagnosticado sujeto a vigilancia y tratamiento de ser necesario.

Es en este momento cuando se amplía el control social, que se toman en cuenta varios aspectos como el niño o adolescente que viola la ley penal, el peligroso social y los aspectos a valorar son: el niño es huérfano, vagabundo, hijo de padres viciosos, de malas costumbres, moralmente abandonado, pervertido, etc. (Ferri, 1892). Entonces, al tener todas estas situaciones y si encajaba en una se le denominaba peligroso social y, por ende, delinquentes de quienes la sociedad debía protegerse aun antes de que delinquieran.

En el siglo XX se configura, justifica y regula en una de las mayores reformas penales el derecho tutelar de los menores. Una de las características del mismo fue la arbitrariedad en la selección y tratamiento de sus clientes, se tradujo en el típico derecho penal de autor, clásico de los Estados autoritarios y, además, en materia de política criminal implicó privilegiar la respuesta individual sobre la social.

Con el nacimiento del Estado social o de bienestar se configura el modelo educativo, en el cual tienen gran influencia las nuevas teorías de la

desviación y es así como se abandona el positivismo metodológico, y es en donde se propone, con base en la investigación, que no debe darse intervención al sistema judicial en los problemas delictivos de los menores de edad, ya que se demuestra que en lugar de ayudar perjudica, es decir genera carrera delictiva y la estigmatización.

Es entonces cuando se provoca un debilitamiento del principio de legalidad y con ello se debilita, también, la seguridad jurídica de los adolescentes frente al Estado, todo como consecuencia de la burocracia que crece y actúa con altos niveles de discrecionalidad en la selección de los adolescentes, utiliza más parámetros sociales que criminales. En síntesis, la única fuente de legitimación en Guatemala del Derecho Penal de adolescentes está en el Estado social y democrático de Derecho que aspiramos alcanzar.

Toda vez que con el surgimiento del Estado social y democrático de Derecho, a partir de la vigencia de la Constitución de 1985, aparece una nueva visión del ser humano, de la sociedad, del derecho en general y particularmente del Derecho Penal y de los Derechos Humanos, que intenta dar el paso de lo abstracto a lo particular, de lo abstracto a lo concreto, de la igualdad y democracia formal a la igualdad y democracia material.

Es aquí donde nace la necesidad que en lugar de la aplicación directa del Derecho Penal de Adolescentes, surjan otros mecanismos de control social más violentos y menos racionales que el propio Derecho Penal y esto se comprueba en la vigencia de los modelos de Derecho Penal Indiferente y

del Derecho Tutelar o Educativo de Menores, o en su caso mecanismos informales de resolución de conflictos como justicia por la propia mano (linchamientos).

Uno de los objetivos en contexto sobre el Derecho Penal de Adolescentes en Guatemala es que la medida a usar sobre la violencia realizada no sea mayor a lo que legalmente se provoca, es decir solo se justifica y legitima en la medida en que la violencia arbitraria que evite sea mayor a la que legalmente provoca; visto desde esa perspectiva la tensión entre eficacia y garantía debe resolverse desde una propuesta política-criminal garantista y dentro de la perspectiva de un derecho penal de adolescentes mínimo con una triple función: por una parte la de prevención general de los delitos; por otra la de prevención general de penas o sanciones arbitrarias o desproporcionadas frente a los adolescentes transgresores de la ley penal; y por último y la más importante, promover en el adolescente transgresor un sentimiento de responsabilidad por sus actos y de respeto por los derechos de terceros.

Entendiéndose que el Derecho Penal de Adolescentes se configura como una técnica de tutela de los derechos fundamentales, esto viene a ser como una ley al servicio de los más débiles, se da en la protección del débil contra el más fuerte, del débil ofendido o amenazado por el delito -víctima- y del débil ofendido o amenazado con la venganza privada o pública -el adolescente delincuente-. Deja como reseña que si el mal menor se puede conseguir por otros medios debe acudir a estos.

Cuando se habla de adolescentes siempre es importante que se tome en cuenta un mínimo de culpabilidad, tomar como base que existe una premisa que es pensar que existe peligrosidad social o criminal de las personas menores de edad, es decir del adolescente. En ese orden de ideas, en un Estado social y democrático de Derecho solo puede optarse por configurar un control sobre las conductas externas de las personas y no sobre sus formas de ser o pensar.

Siempre debe tomarse en cuenta en el derecho penal de adolescentes el mínimo de culpabilidad para poder así implementar y cumplir con los principios constitucionales de igualdad, dignidad y libertad.

Si se habla de historia, la reacción social hacia los adolescentes que realizan conductas desviadas criminalizadas ha sido intolerante por parte de la sociedad, no obstante, en un fraude de etiquetas los mismos han sido considerados inimputables por casi dos siglos por diversas razones (biológicas, psicológicas, metafísicas, etc.); pero ello no ha significado tolerancia y ausencia de respuesta penal, sino todo lo contrario, intolerancia y respuesta penal arbitraria y sin límites, esta es una respuesta que se justifica en la tolerancia que merecían por ser inimputables, esto nos dice que hoy por hoy la sociedad puede llegar a ser permisible con los ilícitos penales de los adolescentes, pero hasta cierto punto, es decir la discusión debe darse en pro de la edad penal mínima.

Una vez definida esta parte debe tomarse en cuenta que los adolescentes son imputables y como tales deben ser objeto de una reacción del Estado, la cual debe derivarse únicamente de la culpabilidad y por tanto consiste

en una sanción y no puede, como sucedió en el Derecho Tutelar, derivarse de su peligrosidad social o criminal y consistir en una medida de seguridad o tutela.

Debe tomarse en cuenta que la minoría de edad no debe ser una causa de inimputabilidad, esto no es funcional para el proceso de socialización de los adolescentes, ya que esto en lugar de propiciar su responsabilidad en la construcción de su identidad personal y el respeto a la ley, fomenta todo lo contrario, asimismo, el continuar incluyendo la minoría de edad como causa de inimputabilidad implica continuar negando que les pertenece la responsabilidad y deben responder por ella. Por lo que continuar con esa inclusión es continuar con una afirmación irreal, pues no se puede afirmar que se aplican restricciones a derechos como consecuencia de actos ilícitos que la sociedad ha declarado tolerables.

Existe un parámetro valorativo que permitiría dar una respuesta adecuada, en pro de la culpabilidad para el caso de los adolescentes, es el principio de igualdad real que puede indicarse formalmente a través de diversos grados de generalización, partiendo de la edad de la persona y materialmente puede manifestarse a través la aceptación de diversos grados de culpabilidad y por lo tanto de responsabilidad penal, solo así se puede dar una respuesta adecuada a la culpabilidad de cada grupo etario designado, se debe considerar que la igualdad no constituye otorgar a todos un trato uniforme, no discriminatorio, no es otra cosa que justificación del trato desigual.

Si bien es cierto el principio de igualdad jurídico-penal hacia los adolescentes es necesario, pero no suficiente, pues como concepto normativo únicamente valora y no describe. Entonces para que sea efectivo el principio de igualdad jurídica, en materia penal, se debe acudir a la construcción teórica de garantías jurídicas penales especiales que permitan remover los obstáculos reales para que su igualdad sea efectiva y real.

Las mismas deben ser adicionales al sistema de garantías ya contemplado en el derecho penal, deben ser específicas y exclusivas de los adolescentes, ya que esta parte del reconocimiento, afirmación y protección jurídico penal de la propia identidad del menor de edad como persona en desarrollo, incierta en un proceso de resocialización autónomo como ser humano diverso con especificidades propias e inherentes.

Una de las garantías al trato jurídico penal diferenciado sobre la culpabilidad y la imputabilidad es el reconocimiento como tal, es decir la respuesta a la culpabilidad por el injusto penal, dogmáticamente solo puede ser una pena, ello no implica que sea la misma pena establecida para el adulto sino una específica, es decir una sanción juvenil y no una medida de tutela, bienestar o educación.

El sistema sancionatorio debe ser aplicado de tal forma que la sanción juvenil, el proceso penal o los procedimientos de resolución de conflictos (conciliación, remisión, criterio de oportunidad) que regulen y promuevan las condiciones para que la libertad e igualdad del niño sea real y efectiva

y remuevan los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y faciliten su participación en la vida política, económica, cultural y social, tomando en cuenta su especificidad de persona en desarrollo, un proceso activo de socialización.

El sistema sancionatorio de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia

Prevenir antes que reprimir

La mejor manera de combatir la delincuencia cometida por adolescentes se basa en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, en primer lugar en la prevención por medio de políticas sociales y educativas orientadas a equiparar las desigualdades económicas y sociales que se presentan en nuestro país y que, en algunos casos, constituyen fuentes de criminalidad y en segundo lugar por medio de la adopción y aplicación de un sistema sancionatorio orientado por la reinserción del adolescente en su familia y sociedad, que promueva la formación de ciudadanos responsables a través de la aplicación de sanciones.

Busca fortalecer valores positivos como el sentimiento de responsabilidad por los propios actos y el respeto por el derecho de terceros.

Prevención especial sobre la prevención general

La Constitución Política de la República de Guatemala y la doctrina establecen que en materia de Derecho Penal de Adolescentes prevalece el fin de prevención especial sobre el de prevención general, es decir lo que

se persigue es la reinserción del adolescente en su familia y comunidad a través de su educación integral (art. 20 de la Constitución), ahora bien, esto no significa que con la excusa del carácter educativo la sanción pueda ir más allá de la culpabilidad del adolescente.

En ningún caso se deberá invocar el fin de prevención especial para imponer una sanción desproporcionada al hecho o circunstancias personales, familiares y sociales del adolescente, lo que si puede hacerse es justificarse con ese fin, una sanción menor a la que proporcionalmente corresponde. Es decir, lo que se pretende es no imponer sanciones, lo cual además sería imposible por el carácter confidencial y reservado del procedimiento penal donde nadie se entera del tipo de sanción impuesta.

Por lo tanto, el principio de culpabilidad es un límite a la fijación de la sanción, pues, como señala Llobet (2001) “el riesgo de que se llegue a utilizar el principio educativo para establecer una sanción por encima de la culpabilidad es latente” (pág. 231). En consecuencia, el principio educativo no permite en ningún caso y bajo ninguna justificación imponer una sanción que va más allá de la culpabilidad y el principio de proporcionalidad, solo permite fijar una sanción por debajo del grado de culpabilidad del adolescente.

El principio de *ultima ratio* de la sanción

Al tenor del artículo 171 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, el proceso está diseñado de tal forma que permite salidas alternas a la sanción, es ese en sí uno de los fines del proceso penal de

adolescentes la reinserción social y familiar; es decir el fiscal, el juez y el defensor deben utilizar la conciliación, el criterio de oportunidad reglado y la remisión como tales para evitar la sanción y todo el procedimiento que conduce a ella.

Esto tomando en cuenta la estigmatización que de por sí se crea en el adolescente, por ello es necesario considerar que cuando proceda debe favorecerse la aplicación del procedimiento abreviado, este viene a omitir el proceso y el juicio, y por ende, los casos en que se presente acusación serán los menos y aún menor será la cantidad en los que se aplique una sanción producto de un debate. En ese sentido, la sanción penal de adolescentes constituye la *ultima ratio*.

Tipología de sanciones

Si bien es cierto las acciones de transgresión penal de los adolescentes son de alta envergadura, lo es también la diversidad que contempla la legislación de adolescentes como oferta considerable para que sean utilizadas una vez el juez determine la responsabilidad del adolescente, puede dictar cualquiera de ellas, para ello existe una gama de sanciones que gradualmente van siempre encaminadas a beneficiar al adolescente (Pascual, 2001).

Clases de sanciones socioeducativas: amonestación y advertencia

Esta llamada de atención es la que realiza el juez, la dirige oralmente al adolescente exhortándolo para que en lo sucesivo respete las normas de

trato familiar y convivencia social, advirtiéndole a los padres, tutores o responsables, si es necesario, sobre la conducta seguida y les manifestará que deben colaborar con el respeto de las normas legales y sociales, esta amonestación y advertencia deberán ser claras y directas, de manera que el adolescente y los responsables de su conducta comprendan la alta envergadura de los hechos ilícitos.

Libertad asistida

Esta medida, cuya duración máxima es de dos años, consiste en otorgar la libertad del adolescente, quien queda obligado a cumplir con los programadas educativos que se le fijen y a recibir orientación del personal técnico del programa de libertad asistida de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, quien al recibir la orden judicial realiza un análisis del caso junto con el adolescente y su familia, proponiendo la asistencia más adecuada según las circunstancias personales del adolescente.

Prestación de servicios a la comunidad

Es una prestación de servicio que el adolescente debe prestar en pro de la comunidad, realiza tareas gratuitas de interés general en entidades de asistencia pública o privada, como hospitales, escuelas, parques nacionales y otros establecimientos similares. Estos deben prestarse por el plazo de seis meses. La medida se mantendrá durante el tiempo necesario para que el servicio fijado se realice efectivamente o sea sustituido.

Reparación digna

Basado en el artículo 124 del Código Procesal Penal y la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, está orientada a resarcir o restituir el daño que el delito generó, para ello el juez deberá escuchar a las partes y si hay pruebas que demuestren el detrimento económico o el aferramiento en audiencia por separado del debate citará a las partes para determinar cuál será la forma de reparar el daño; quien debe tener especial cuidado por el grupo etario en que se encuentre el adolescente, por ejemplo, si el adolescente está en el rango de 13 a 15 años quedarán responsables solidariamente los padres del mismo.

Órdenes de orientación y supervisión

Cuando se habla de esta forma de sanción, se refiere a que es el juez quien con la facultad que le otorga la ley da la orden o prohibición, de forma que su período de duración no sea mayor a seis meses, estas pueden consistir en una diversidad de las mismas, para lo cual se enumeran algunas opciones que el juez analiza:

- Instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él;
- Abandonar el trato con determinadas personas; y
- Matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio; entre otras.

Orden de tratamiento terapéutico ambulatorio o por internamiento del adolescente en un centro de salud público o privado para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas u otro tipo de sustancias

Este internamiento será necesario si el juez así lo considera, con base en el peritaje que se le presente, el cual consiste en el internamiento del adolescente en un centro especializado para tratar problemas de adicción o tendencias a la drogadicción, para tratar el padecimiento de anomalías, alteraciones psíquicas o de la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad.

Sanciones privativas de libertad

Esta sanción es considerada como de *ultima ratio*, la cual por análisis del juez en contexto con el delito endilgado deberá analizar tomando en cuenta diversas situaciones, con base en garantías y principios procesales que protejan al adolescente y que sean en algún momento el periodo más corto para el mismo. Entre ellas tenemos:

Privación de libertad domiciliaria

Al constituirse ese tipo de privación se cumple en casa como arresto con su familia, este no debe afectar el cumplimiento del trabajo ni la asistencia a su centro educativo, para lo cual es supervisado por un trabajador social para que se le dé estricto cumplimiento a esta medida la cual no será mayor a un año.

Privación de libertad durante el tiempo libre, fines de semana, que comprende desde sábado a las ocho horas hasta domingo a las dieciocho horas

Esta es una sanción que debe cumplirse en un centro especializado y su objetivo es lograr la reinserción social del adolescente, comprende un plazo no mayor a ocho meses y es el juez quien da los parámetros del tiempo libre establecido para cada día, con número de horas y días.

Privación de libertad en un centro especial de cumplimiento

Dicha sanción viene a ser de carácter excepcional y sus especificaciones legales en cuanto a que delito y en qué momento se debe tomar en cuenta, únicamente se aplica a los adolescentes como pena máxima de seis años y al aplicarlo el juez deberá considerar el período de detención provisional. Atendiendo a la gravedad del delito y a las circunstancias personales, familiares, educativas y sociales del adolescente.

Debe tomarse en cuenta que el régimen cerrado deberá ser utilizado por el menor tiempo posible y con fines específicos de estabilización. Esta sanción no permite por sí misma promover la reinserción del adolescente en su familia y comunidad. Por esa razón los regímenes deben ser aplicados de forma progresiva, de tal suerte que se fortalezcan los vínculos del adolescente con su familia y la sociedad, de una forma gradual.

Y para finalizar, toda sanción deberá ser ejecutada conforme al plan individual que elabore el equipo técnico y responsable del programa, su control estará a cargo del Juez de Control de Ejecución de Sanciones de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal (Rodríguez, 2000).

Referencias bibliográficas

Ferri, Enrico (2004). *Sociología Criminal, Tomo I*. [s.e.]. Madrid: Centro Editorial de la Góngora.

Llobet, Javier. (2001). (2001). *La Sanción Penal Juvenil, Módulo Instruccional Procesal Penal I*. Guatemala-Costa Rica: USAID.

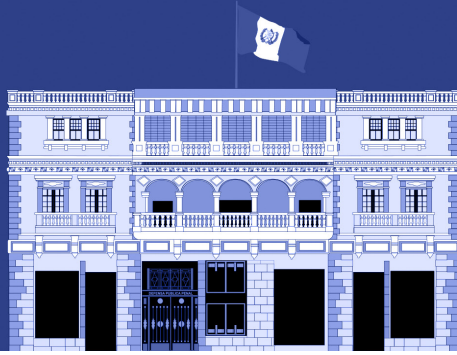
Pascual, Belén. (2001). *Justicia Penal Juvenil en Guatemala*. Guatemala: Organismo Judicial-UNICEF, CDN.

Rodríguez Fernández, Gabriela. (2000). *Resolución Alternativa de conflictos y derecho penal juvenil*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

(2003). *Compendio en Materia de Niñez, Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal*. Guatemala: USAID.

Legislación

Congreso de la República de Guatemala. (2003). Decreto número 27-2003. *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia*. Guatemala.



La sanción del condenado por el delito de violencia contra la mujer

Licda. Reyna Isabel Villatoro Rodríguez¹

Resumen

Las denuncias por casos de violencia contra la mujer se han incrementado de forma exponencial en los últimos años. Las regulaciones de la Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer, Decreto 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala, que se acoplan a los convenios internacionales en materia de derechos humanos han permitido que los hombres que agreden a las mujeres sean condenados y sancionados penalmente por las conductas lesivas y los daños que provocan. Sin embargo, esto no ha disminuido la cantidad de acontecimientos de esta naturaleza.

En las sentencias condenatorias se sanciona al hombre a través de la pena de prisión, pero resalta la importancia del tratamiento psicológico que puede aplicarse como parte de la sanción al condenado para contribuir a la rehabilitación eficaz del agresor de mujeres; esta se hace evidente debido a que si se aplica adecuadamente la orientación profesional al maltratador

¹ Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria por la Universidad de San Carlos de Guatemala; Magister Scientias en Diplomacia, Relaciones Internacionales e Imagen Pública por la Universidad Galileo; con estudios en liderazgo en el proceso de políticas públicas e incidencia de la mujer en el ámbito social y político.

se contribuye a crear en el hombre violento la conciencia de sus actos y generar en él razones para cambiar y dejar de cometerlos. Con esto se puede evitar que este tipo de conductas se repitan, así como, eliminar su transmisión de generación en generación para que deje de ser parte de la cultura el maltrato a la mujer y se le confiera el valor que tiene conforme a su dignidad humana.

Introducción

El delito de violencia contra la mujer en Guatemala, regulado en la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, surge como necesidad del Estado de perseguir las conductas que van en detrimento de la integridad personal de las mujeres. Este tipo penal se presenta en tres manifestaciones: física, psicológica o sexual. Como consecuencia de las diferentes maneras en que es susceptible de ser agredida una mujer, por el hecho de serlo, como consecuencia de modelos patriarcales que imperan en la sociedad.

Las conductas agresivas contra las mujeres, por parte de los hombres, son penalizadas a través del tipo penal de violencia contra la mujer. La sanción que se aplica por este delito oscila entre los cinco y doce años de prisión, de acuerdo con la gravedad de la conducta que ha sido ejecutada y la magnitud de sus consecuencias. Esta es la solución que actualmente se contempla para estos casos, pero su existencia se remonta muchos siglos hacia el pasado.

La dominación masculina es un fenómeno universal y natural, por la asimetría sexual, la atribución de tareas y papeles diferentes a hombres y mujeres, ha sido observada en cualquier sociedad humana conocida; la función biológica diferente a la del hombre, mayor fuerza física de éstos, mayor agresividad, y las mujeres por su rol maternal; a causa de su constitución biológica y su función maternal se pensaba que las mujeres eran inferiores y no aptas para una educación superior y otras actividades profesionales (Lerner, 1990, págs. 22-24).

En las sociedades contemporáneas los estereotipos relacionados con estas concepciones se fortalecieron en la familia y en la sociedad, en los que todos los referentes de vida familiar se dirigen a fomentar el estereotipo femenino de la madre hogareña y el masculino del padre proveedor y dominante en la relación. Esto fomenta patrones de violencia e infravaloración de las mujeres que se extienden a todos los estratos de la sociedad.

La forma de afrontar esta problemática a través de la ley penal, como medio de control social de *ultima ratio*, ha generado el surgimiento de disposiciones jurídicas nacionales que obedecen a su vez a las normas de derecho internacional que han surgido con la finalidad de resaltar la relevancia de los derechos de las mujeres.

A partir de 1979 se empieza a regular en el ámbito internacional lo relativo a la disminución de aquellas circunstancias en que se minimiza

el valor de las mujeres, surge así la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, a la que sucedieron una serie de instrumentos internacionales entre los que destaca la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), adoptada en la Organización de los Estados Americanos en 1994. Ambos instrumentos jurídicos se encuentran vigentes en Guatemala.

Con base en los instrumentos jurídicos indicados surge también una serie de cuerpos legales que propician el respeto a los derechos de las mujeres dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco y pretenden disminuir la violencia de género, siendo ellos: la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, Decreto número 97-96 del Congreso de la República; Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, Decreto número 22-2008 del Congreso de la República; y Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto número 9-2009 del Congreso de la República.

El análisis de la violencia contra la mujer desde el punto de vista jurídico requiere un abordaje integral de todos los factores antes mencionados, para Rico (1996):

Es necesaria una perspectiva que ofrezca posibilidades de cambios culturales, para lo cual hay que tomar en consideración que estas temáticas se relacionan directamente con la distribución desigual del poder en las sociedades; se requieren profundas modificaciones

en esta área. El cambio social que exige el respeto de los derechos de las mujeres debe situarlas en el centro de las transformaciones con sus diversas formas de pensar, sentir y actuar. Sus experiencias históricas y cotidianas se deben tomar en cuenta en la reformulación del contenido y significado de los derechos humanos, puesto que su definición y su práctica no deben separarse de la vida concreta de las personas (pág. 7).

Es por ello que se considera necesario realizar un análisis de la sanción del condenado por el delito de violencia contra la mujer, porque esta debe ir más allá de la privación de libertad, para que exista una solución que tienda a minimizar este problema de la sociedad a través de la inclusión de programas y modelos encaminados a los hombres generadores de violencia de género para que se pueda intervenir adecuadamente en ellos, a través de una pena accesoria que implique un tratamiento profesional de estos esquemas de comportamiento para que pueda ser modificado para beneficio de ellos mismos, de las mujeres y de la sociedad en general.

Violencia contra la mujer

La violencia contra la mujer deriva de comportamientos patriarcales que las minimizan por el hecho de pertenecer al género femenino. Esto ha permitido la materialización de la invisibilización y exclusión de ellas durante mucho tiempo, al considerarlas como cuerpo para la procreación sin voluntad, dominio o identidad propia. Así se ha fomentado que los varones que tienen algún vínculo con ellas e incluso quienes no las conocen, se sientan con derecho a violentarlas de diversas maneras.

Silva, García y Barbosa (2019, pág. 173) consideran que existen diversos factores que intervienen en la violencia contra la mujer, uno de ellos es el estructural porque se ha arraigado en muchas formas en la sociedad en los aspectos simbólicos, educativos y otros de diversa índole que siempre han estado fomentándose culturalmente a nivel familiar, comunitario y algunas veces por parte del mismo Estado a través de disposiciones discriminatorias, como aquella que establecía en el Código Civil que la mujer casada debía contar con la autorización del marido para poder trabajar, que si bien es cierto fue derogada hace más de dos décadas, en muchos estratos sociales se sigue aplicando por parte de las parejas bajo sanción social.

Los autores citados indican que la violencia contra la mujer también tiene un factor sistémico porque abarca todos los ámbitos de la sociedad, incluso en el aspecto político en cuanto a los espacios de poder que se ocupan. En efecto, la violencia contra la mujer generalmente se desarrolla de forma continua, por lo que se llega a percibir como algo normal y es tolerada, especialmente en entornos familiares.

La violencia contra la mujer se emplea como mecanismo de control y dominio para generar vulnerabilidad en la víctima, se la culpabiliza por lo que ocurre y se le cierran alternativas para desarrollarse por sí misma, en los casos extremos se crea un ambiente en el que ella se siente totalmente dependiente del agresor y sin ninguna alternativa, por lo que continúa con él y en algunos casos la conclusión es fatal.

Delito de violencia contra la mujer

El delito de violencia contra la mujer se encuentra regulado en la Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer, Decreto 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala, en el artículo 3 inciso j) se define como “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 público como en el ámbito privado”.

El delito de violencia contra la mujer está tipificado en el artículo 7 de la citada ley, regula que este delito puede ser cometido en el ámbito público o privado, es decir, en lo laboral o educativo, tanto como en las relaciones familiares. Se ejerce en forma física, sexual o psicológica, bajo ciertas circunstancias específicas:

- a. Haber pretendido, en forma reiterada o continua, infructuosamente, establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.
- b. Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo o relación laboral, educativa o religiosa.
- c. Como resultado de ritos grupales usando o no armas de cualquier tipo.

- d. En menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o cometiendo actos de mutilación genital.
- e. Por misoginia.

En el caso del inciso a) se refiere a un hombre que ha sido rechazado por la mujer víctima de violencia. El inciso b) hace referencia a un individuo que tiene o tuvo algún tipo de relación con la mujer. El inciso c) se considera la realización de algún tipo de ceremonia o culto en que se daña a una mujer. En el último caso es concerniente al odio a la mujer por el hecho de serlo. En cualquiera de estas circunstancias existirá una sanción.

Conforme el artículo 7 de la Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer, Decreto 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala, la sanción que corresponde si se trata de violencia física o sexual es de cinco a doce años de prisión; si el caso se refiere a violencia psicológica, la pena privativa de libertad es de cinco a ocho años.

En el tipo penal de violencia contra la mujer el verbo rector es ejercer violencia, la que puede ser de tres modalidades: física, sexual o psicológica. El sujeto activo es un hombre. La víctima o sujeto pasivo del delito es una mujer. Se sanciona de forma más severa la violencia física o sexual que la psicológica. En todo caso el mínimo es de cinco años de prisión, los que pueden ser conmutados si así lo decide el órgano jurisdiccional.

Manifestación física, sexual y psicológica de la violencia contra la mujer

La Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer, Decreto 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala, en el artículo 3 define en los incisos l), m) y n) las manifestaciones física, sexual y psicológica de la violencia contra la mujer.

l) Violencia física: Acciones de agresión en las que se utiliza la fuerza corporal directa o por medio de cualquier objeto, arma o sustancia con la que se causa daño, sufrimiento físico, lesiones o enfermedad a una mujer.

La violencia física se ejerce contra el cuerpo de la mujer víctima a través de conductas como empujones, golpes, estrangulamiento, agresión con objetos. La mujer presenta lesiones que reflejan daño a su integridad corporal y se nota a veces a simple vista o a través de exámenes médicos que permiten determinar la magnitud del daño causado y las consecuencias a futuro de estas circunstancias.

m) Violencia psicológica o emocional: 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 sometida a ese clima emocional puede sufrir un progresivo debilitamiento psicológico con cuadros depresivos.

Los casos de violencia psicológica no dejan huella palpable o visible, pero dañan profundamente a la víctima como consecuencia de insultos, desprecio, humillación, amenazas y chantajes que se ejercen de forma continuada, de manera que se ataca la autoestima de la mujer, lo que puede llegar hasta niveles serios de gravedad por la depresión que puede ocasionar este tipo de conductas que desvalorizan a la mujer.

n) Violencia sexual: Acciones de violencia física o psicológica cuya finalidad es vulnerar la libertad e indemnidad sexual de la mujer, incluyendo la humillación sexual, la prostitución forzada y la denegación del derecho a hacer uso de métodos de planificación familiar, tanto naturales como artificiales, o a adoptar medidas de protección contra enfermedades de transmisión sexual.

La violencia sexual tiene relación con la realización de conductas íntimas que no son deseadas por la víctima, entre las que se encuentran impedir que tenga acceso a medios de control de la natalidad o a evitar adquirir enfermedades mediante los medios de protección que existen al alcance de todas las personas. La afecta en su indemnidad de muchas maneras por lo que su libertad en las prácticas sexuales es anulada.

Las consecuencias de la violencia contra la mujer pueden ser tan variadas, pero siempre son dañinas como enfermedades, depresión, trastornos de ansiedad, alteraciones en el sueño o baja autoestima. Puede generar en ellas problemas de relaciones sociales, familiares, laborales o de cualquier

otra índole e incluso pueden ser mortales, tanto si la reiteración de las conductas provoca la pérdida de la vida o lleva a la mujer al suicidio.

El agresor de mujeres

El agresor de mujeres o maltratador es un individuo que proviene de un círculo sociocultural en el que ha socializado la conducta lesiva hacia las damas como algo natural. Las ataca para controlarlas, para dañarlas y busca cualquier circunstancia como excusa para causarles daño, especialmente pretende mantener una relación de poder sobre ellas en cualquier entorno, pero especialmente en el más íntimo.

La violencia funciona como un mecanismo de control social de la mujer y sirve para reproducir y mantener el estatus quo (sic) de la dominación masculina. La conducta violenta frente a la mujer se produce como patrones de conducta aprendidas y transmitidas de generación a generación. Las mismas normas sociales minimizan el daño producido y justifican la actuación violenta del marido. El modelo de conducta sexual condicionado por el papel de los géneros también favorece en algunos casos la existencia de una actitud violenta contra la mujer al tratarse de un modelo androcéntrico. El alcohol, actúa de forma general como desinhibidor y de forma particular como excusa para el agresor y como elemento para justificar la conducta de este por parte de la víctima (Lorente Acosta, 2005, págs. 3-4).

El agresor de mujeres es un hombre violento con niveles altos de ira y de hostilidad. Sus patrones patriarcales y machistas de conducta se encuentran arraigados en su conciencia por lo que son personas celosas, posesivas y se sienten humillados cuando la mujer intenta romper el vínculo que los une. La edad, estado civil, profesión o estrato social del maltratado no tiene relación con su condición de agresor, porque es algo socializado en la familia, la comunidad o las relaciones que este ha sostenido a lo largo de su vida.

La identificación de rasgos comunes en los agresores de mujeres abarca muchos aspectos entre los que destacan la inestabilidad emocional y baja tolerancia a la frustración, necesidad de emitir su opinión, impulsividad y agresividad, son sujetos desconfiados y que tienen alta conflictividad consigo mismos, manejan mal la ansiedad y muchas veces son orgullosos. En ese sentido Castellano Arroyo et al. (2004) consideran que se caracterizan por:

Baja afectividad, frialdad y alejamiento, alta autoestima, orgullo, dominancia, impulsividad y agresividad y alto nivel de ansiedad, son también una combinación que puede generar agresiones físicas importantes. En estos casos, la publicidad, el temor al abandono y al ridículo pueden llevar al agresor al sentimiento de desafío y a atentar, incluso contra la vida de la víctima (pág. 26).

Además, el agresor de mujeres domina el ciclo de la violencia que se desarrolla a partir de cuatro fases principales: acumulación, reacción, racionalización o justificación y simulación de normalidad.

En el ciclo de la violencia, la acumulación consiste en que las tensiones se van almacenando y el abusador se siente impotente, en cierto punto toma la decisión de dejar salir la ira en contra de la mujer. Durante la reacción empiezan los abusos verbales o físicos, con la intención de herir, humillar o ejercer control sobre la víctima. Posteriormente, como mecanismo de defensa, el maltratador entra en la fase de racionalización o justificación, atribuyendo a otros sus reacciones violentas e incluso atribuye a la víctima la responsabilidad de lo que él ha hecho. Posteriormente se simula normalidad, se intenta continuar con la relación fingiendo que todo está bien, como si nada pasara. Así inicia nuevamente el ciclo.

La sanción al condenado por violencia contra la mujer

La sanción al condenado por cometer el delito de violencia contra la mujer es de prisión que va desde los cinco hasta los doce años, en función de la manifestación de violencia que se ejerza. Pero no disuade de cometer el delito, puede resultar contraproducente y que el agresor acumule ira contra la víctima y quiera vengarse de ella, o bien, que simplemente cambie al objeto de su agresión porque seguirá tratando de igual forma a las mujeres.

El problema de la violencia contra la mujer, si bien es cierto debe ser sancionado penalmente, la pena de prisión que se adjudica no orienta a la modificación de los patrones de conducta. Porque esto se ha fomentado durante el proceso de socialización de manera que debe ser abordado de manera integral para disminuir los casos que se reproducen con tanta facilidad. Cada vez es más frecuente la denuncia de este tipo de situaciones, pero al ser sancionado el agresor, no deja de cometer los mismos actos sino por el tiempo que permanece recluido, e incluso puede seguir cometiendo este tipo de conductas contra mujeres que lo visitan en el centro de privación de libertad.

El problema debe ser atacado de raíz y para ello se requiere modificar esos patrones socioculturales, lo que no se logra únicamente con la pena de prisión. Se aprecia con agrado que algunos jueces al emitir la sentencia condenatoria contra el agresor de mujeres, además de la sanción privativa de libertad como pena accesoria, incorporan el tratamiento psicológico para el individuo que ha cometido este delito.

Un punto importante a considerar es que las medidas judiciales y de tratamiento psicológico para los varones en este tipo de casos deben estar adecuadamente integrados para lograr una adecuada incorporación de la orientación profesional para reducir de forma efectiva el número de víctimas del delito de violencia contra la mujer y modificar los patrones culturales que se han implantado por siglos. Esto puede hacerse con base en el contenido del artículo 124 del Código Procesal Penal, debido a que la reparación digna incluye las alternativas disponibles para restauración

del derecho afectado, pues llevará a reconocer a la víctima y a todas las mujeres como una persona que tiene las libertades y los derechos por su dignidad humana que deben ser respetados en todo momento y con equidad.

La importancia del tratamiento profesional al agresor de mujeres

El agresor de mujeres no deja de serlo por recibir una sanción, requiere la adecuada rehabilitación a partir del tratamiento brindado por profesionales a través de programas adecuados que respondan a criterios certeros, de conformidad con la opinión de expertos y que se estandaricen para lograr modificar los patrones socioculturales aceptados de violencia contra la mujer. Se debe tomar en cuenta lo siguiente:

Un programa de Estado homologado en todo el país; atender de una manera especializada a las diferentes modalidades y tipos de violencia de género contra las mujeres; orientar su atención a la erradicación de las estructuras ideológicas patriarcales y misóginas que permiten y reproducen la creencia de que la violencia de género contra las mujeres es legítima; trabajar con perspectiva de género; acotar las posibilidades de que estas acciones o programas sean sustitutivos de otras sanciones, y ser conducido bajo criterios de calidad homologados en todo el país (Díaz Marroquín, 2012, pág. 188).

Es de suma importancia la intervención psicológica del agresor de mujeres para que se rompan los ciclos de violencia, no importa si es violencia física, sexual o psicológica, es menester acceder a programas exitosos de rehabilitación que permitan al condenado tomar conciencia de su rol como agresor y que encuentre una motivación para cambiar. Por lo tanto, no puede desarrollarse sin bases sólidas.

El programa terapéutico debe ser prolongado (al menos de 4 meses) y con unos controles de seguimiento regulares y próximos que cubran un período de 1 o 2 años. Las sesiones grupales pueden estar dirigidas por terapeutas, junto con algún exmaltratador que actúe como modelo, tienen como objetivo neutralizar los mecanismos habituales de negación, minimización y atribución causal externa de las conductas violentas. Se trata asimismo de generar conciencia del problema y de ayudar a asumir la responsabilidad de este, así como de hacer ver que el cambio es posible y de desarrollar estrategias de afrontamiento efectivas para abordar las dificultades cotidianas. Expresar la necesidad del cambio asumida como decisión propia y no como resultado de presiones externas e interrumpir la cadena de la violencia son los objetivos fundamentales de estos grupos terapéuticos y el requisito imprescindible para abordar otras metas de mayor alcance (García & Elena, 2004, pág. 36).

Es importante que el Estado de Guatemala brinde un programa para impedir que los hombres que hayan sido condenados por el delito de

violencia contra la mujer repitan este patrón con cada nueva relación o que este sea un factor determinante en sus relaciones de pareja o con sus hijas, madres o cualquier compañera de trabajo o estudios. Es decir, tan importante es sancionar a los responsables como evitar la reincidencia, porque a largo plazo las más afectadas son las mujeres.

El Estado en su rol de garante de la vida de las mujeres debe atender y rehabilitar a los hombres agresores de mujeres como una medida que coadyuve a protegerlas y a prevenir la proliferación de casos. Para ello debe diseñarse un programa adecuado con bases científicas que permita establecer las rutas para abordar a este problema que es real y grave para la seguridad de las mujeres y para la estabilidad del aparato estatal.

Conclusión

Los hombres que han sido condenados por el delito de violencia contra la mujer necesitan mucho más que la prisión para eliminar de sus conductas los patrones machistas patriarcales que tienen arraigados en su modo de vida. Es pertinente y necesario que estos reciban el tratamiento psicológico adecuado para asumir la responsabilidad de sus conductas para evitar repetirlos.

Los tratamientos psicológicos para los hombres que cometen el delito de violencia contra la mujer pueden contribuir a disminuir el número de casos de este tipo penal, con la finalidad de interrumpir la transmisión a través de la socialización de las conductas agresivas y degradantes contra las mujeres que se trasladan a través del ejemplo.

Es conveniente incorporar como pena accesoria el tratamiento psicológico de los condenados por el delito de violencia contra la mujer, de acuerdo con criterios estandarizados que se basen en la orientación de profesionales que tengan los conocimientos y habilidades necesarias para el adecuado abordaje del problema y la disminución real y efectiva de la consumación de este tipo penal.

Referencias bibliográficas

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1981). *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*.

Castellano Arroyo, M., Lachica López, E., Molina Rodríguez, A. & Villanueva de la Torre, H. (2004). *Violencia contra la mujer. El perfil del agresor: criterios de valoración del riesgo*. Cuadernos de Medicina Forense (35).

Congreso de la República de Guatemala. (2008). Decreto 22-2008. *Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la Mujer*. Guatemala.

Díaz Marroquín, N. (2012). *Modelo de intervención con agresores de mujeres*. México: UNAM, IJJ, CONACYT.

García, L. & Elena. (Mayo-agosto de 2004). *La figura del agresor en la violencia de género: características personales e intervención*. *Papeles del Psicólogo*. XXV (88).

Lerner, G. (1990). *La creación del patriarcado*. (M. Tusell, Trad.) España: Crítica.

Lorente Acosta, M. (2005). *El agresor en la violencia de género: consideraciones sobre su conducta y estrategias*. España: Universidad de Granada.

Organización de los Estados Americanos y Consejo de Europa. (2014). *Herramientas regionales de lucha contra la violencia hacia las mujeres: la Convención de Belém do Pará y Convenio de Estambul*. Organización de los Estados Americanos y Consejo de Europa.

Rico, N. (1996). *Violencia de género: un problema de derechos humanos*. Chile: CEPAL.

Silva, A., García, A. & Barbosa, G. (2019). *Una revisión histórica de las violencias contra mujeres*. *Revista Derecho e Práx*, 10 (1). Obtenido de: <https://www.doi.org/10.1590/2179-8966/2018/30258>



Factores victimógenos en las mujeres y la prevención victimal

M.A. Jeannette Ana Lily Ochoa López¹

Resumen

Las mujeres en Guatemala son víctimas de múltiples flagelos y violaciones a sus derechos humanos, sin embargo, hay factores que favorecen que sean exponencialmente vulnerables y que las exponen a ser elegidas para diversos vejámenes que atentan contra su dignidad; se han normalizando las diversas manifestaciones de maltrato en su contra, que van desde el agravio físico, psicológico, económico y sexual, favoreciendo su victimización, dejándolas a merced de las múltiples circunstancias que las hacen más proclives a ser dañadas, causándoles sufrimiento. Los factores que pueden producir la victimización y que predisponen a las mujeres a ser vulnerables son variados, de índole psicopatológico y social; la forma de ser, de pensar de la víctima, su personalidad, influyen muchas veces en perpetuar los abusos.

¹ Representante del Procurador de los Derechos Humanos del sector costa del departamento de Santa Rosa; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Magister Artium en Derecho Civil por la Universidad Rural de Guatemala; Docente titular de la Facultad de Derecho en la Universidad Mariano Gálvez de Guatemala; capacitadora y conferencista en múltiples espacios para la defensa, promoción y protección de los Derechos Humanos.

Es esencial que el Estado decida aplicar medidas de prevención para impedir que las mujeres sigan siendo víctimas, y que se vaya reduciendo en la población el sesgo androcéntrico con el que se les visualiza, los cambios deben ser estructurales a través de políticas públicas que permitan impedir que sigan siendo las mujeres las víctimas más propicias, y que los delincuentes dejen de predisponerse a continuar con ataques que atentan contra la vida y seguridad de las mismas.

Introducción

Las investigaciones criminológicas se centraban antiguamente en estudiar los motivos por los cuales las personas cometían delitos, cuestión que tuvo un cambio en la criminología moderna, que le brinda un enfoque sociológico al estudio de la víctima y el control social.

La víctima, como objeto de estudio de la criminología, fue un tema que quedó por mucho tiempo rezagado a lo largo de la historia, pues dicha ciencia solamente se había enfocado en el estudio del delincuente; los motivos por los cuales este cometía hechos delictivos, incluso los precursores más importantes de la criminología que son César Lombroso, Rafael Garófalo y Enrico Ferri, en sus aportaciones se centraban en el fenómeno delincencial; al leer sus argumentos se puede verificar que para ellos la víctima de los delitos era irrelevante.

Las víctimas son personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, a las que se les han violado derechos humanos, estudiar a la víctima, su contexto, la manera de percibir los flagelos cometidos en su contra,

son el objeto de estudio de la victimología, que, al ser una ciencia multidisciplinaria y relativamente nueva representa un apoyo invaluable para brindarles atención integral.

El artículo 117 del Código Procesal Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, indica que las víctimas son las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales.

Las mujeres sufren distintos flagelos, el peligro de que sean más vulnerables a la situación de inseguridad en el país, en el ámbito público es latente, debido a que, en lugares tan comunes, como los tranvías, taxis, autobuses, universidades, calles, parques, plazas, mercados, centros de estudio, lugares de trabajo, no son lugares seguros para las niñas, adolescentes, mujeres adultas y adultas mayores. El acoso callejero del que son objeto, incluso violencia sexual, robos, delitos contra su vida, entre otros, son aspectos que deben tomarse en cuenta por el Estado, para ser incluidos en los planes de seguridad ciudadana y las políticas criminales con perspectiva de género.

Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en

los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder (ONU: Asamblea General, 1985, pág. 1).

Las conductas típicas, antijurídicas y culpables perpetradas por individuos en contra de las mujeres tienen un impacto negativo, tanto para las víctimas como para la sociedad en general.

Factores victimógenos en las mujeres

“Por factor victimógeno entendemos todo aquello que favorece la victimización, o sea las circunstancias, condiciones o situaciones de un individuo que lo hacen proclive a ser elegido como víctima” (Manzanera, 2008, pág. 19). En la sociedad guatemalteca, en la que el machismo es marcado, imperan las ideas impuestas de generación en generación, en las que las mujeres han sido criadas con la idea que deben sumisión y obediencia a sus parejas, es por ello que a una mayoritaria parte de mujeres en Guatemala se les educa, sin reparar en ello, para ser víctimas de un sistema patriarcal, en el que son relegadas la mayoría a vivir conforme lo dicta su pareja, sus padres, hermanos y/o familiares cercanos del sexo masculino. El rol que se les asigna a hombres y mujeres, en la historia, aumenta la tendencia de normalizar la violencia, prácticamente se educa a los hombres para victimizar a las mujeres, es algo que se da naturalmente.

Los factores victimógenos poseen, entonces, una responsabilidad imperiosa en la perspectiva que tienen las mujeres de ellas mismas, se les hace creer que sus circunstancias no deben cambiar, normalizando

las diversas manifestaciones de maltrato que van desde el agravio físico, psicológico, económico y sexual.

El artículo 3 inciso i, de la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, Decreto 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala, establece que víctima, es la mujer de cualquier edad a quien se le inflige cualquier tipo de violencia. El estatus de víctima de las mujeres es impuesto por la sociedad; desde el proceso de formación de las niñas y adolescentes, se les hace creer que se encuentran en menor rango que sus iguales masculinos, lo que desde ese momento sitúa en riesgo su integridad y dignidad, conllevando serias consecuencias para el futuro. Identificar los factores victimógenos que influyen en las mujeres es primordial, para evitar que se les continúe vulnerando, en el contexto patrimonial, psicológico, emocional, físico y sexual.

Estereotipos impuestos a las mujeres las hace más proclives a ser víctimas

Los estereotipos que se le imponen a las mujeres y el rol que desempeñan en la comunidad, marca el punto de partida para atribuirle la labor de madre, esposa, ama de casa, sumisa, con intachable reputación, con arraigadas creencias religiosas, entre otros, son factores que influyen en que no sean tomadas como lo que son, seres con personalidad desarrollada, con el mismo potencial que un hombre, y al ser estigmatizada con las labores que debe cumplir y cómo actuar la convierte en un ser sustancialmente vulnerable, propensa a convertirse en víctima.

El artículo 10 de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala, indica que víctima es la persona que, individual o colectivamente, haya sufrido daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales.

Quienes más sufren el delito de trata de personas en Guatemala son mujeres, especialmente en la modalidad sexual y laboral, dicho delito es considerado como la esclavitud moderna, es una grave violación a los derechos humanos; un ejemplo de la modalidad laboral es la explotación doméstica, la que se torna complicada de detectar, generalmente a las trabajadoras de casa particular se les encierra, se les amenaza, duermen en el lugar de trabajo, no gozan de vacaciones, no tienen horario específico, no reciben el salario mínimo, lo que las hace invisibles, se remarca completamente el machismo imperante en la sociedad, pues dicha labor solamente la realizan mujeres, miles de hogares las mantienen laborando, sin los más mínimos derechos, incluso se emplean a niñas y adolescentes, a quienes se les otorga una paga injusta, trasladándolas de sus comunidades hacia casas particulares para realizar una labor extenuante, complicada y sin mayor protección del Estado.

“En lo que respecta al sexo de las personas que sufren mayormente de trata, el 61 % de los casos reportados son mujeres, mientras que los hombres alcanzan un 37 %. Por su parte, los departamentos con mayor número de casos reportados son Guatemala, Escuintla y San Marcos” (Rodríguez, 2018, pág. 1). “Que en el 2020 fueron identificados 113 niñas,

niños y adolescentes víctimas de trata. Las niñas y adolescentes mujeres representan el 80.5% del total de víctimas” (Procurador de los Derechos Humanos, 2021).

Sobre la trata de personas en la modalidad sexual, se hacen muy notables los patrones culturales que coadyuvan a la explotación de mujeres, niñas y adolescentes en dicha actividad, pues es permitido que los hombres soliciten sin problema alguno servicios sexuales pagados, este flagelo se comete con frecuencia porque hay una participación directa o pasiva de funcionarios y empleados públicos, existen debilidades en las instituciones para combatir este delito, pues el Estado no tiene asignados suficientes recursos, instalaciones, ni personal que se especialice específicamente en la atención de las víctimas. “En el año 2017, del 1 de enero al 15 de julio de 2017, el Instituto Nacional de Ciencias Forenses ha reportado 3,709 casos de reconocimientos médicos por delitos sexuales, 3,377 casos corresponden a víctimas de sexo femenino y 332 a víctimas de sexo masculino” (Secretaría Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, 2018).

La comunidad y el Estado no reparan en que el delincuente también podría ser víctima, tal es el caso del delito de trata de personas en la modalidad de explotación sexual; muchas de las mujeres que enganchan a otras, fueron explotadas en su oportunidad por los tratantes, se les juzga y dicta sentencia sin tomar medidas que restituyan sus derechos.

Culpar a las mujeres víctimas de delitos es muy usual, sin embargo, la atención integral que las mismas necesitan se limita y circunscribe, en la mayoría de los casos, únicamente a brindar apoyo psicológico, mismo que se da de manera esporádica por los psicólogos de los centros de salud y municipalidades a nivel nacional, lo que no es suficiente ni se extiende a las otras víctimas colaterales del hecho delictivo que se dilucida.

En el delito de violencia intrafamiliar, juega un factor determinante el machismo incrustado en la sociedad guatemalteca, en el que se las culpa a las mujeres por no ser lo suficientemente buenas para tener contenta a su pareja.

En el caso de los femicidios, se tiende a señalar a la víctima indicando que algo tuvo que hacerle a su pareja, por eso la mató. Se normaliza la violencia de género, bajo la premisa social de que la víctima es la que tiene la culpa e incluso se piensa que por ser mujer “se lo merecía”. La vestimenta que las mujeres eligen para uso diario puede ser para los guatemaltecos el motivo que impulsó al delincuente a violarlas, culpando entonces a la víctima de llevar ropa demasiado provocativa o ajustada.

Factores que producen la victimización

Los factores que pueden producir la victimización y que predisponen a las mujeres a ser vulnerables son variados, de índole psicopatológico y social, la forma de ser, de pensar de la víctima, su personalidad, influyen muchas veces en perpetuar los abusos de la que es objeto. Por lo general, los autores aceptan la existencia de los factores victimógenos y la

predisposición de ciertas personas para ser víctimas. “Di Tullio sostiene que existen individuos que poseen una simpatía criminógena, es decir, su personalidad está constituida de tal forma que fácilmente se convierten en víctimas no sólo pasivas, sino hasta voluntarias, de los más variados delitos” (Manzanera, 2002, pág. 118).

“Para Stanciu, los factores que explican la victimidad pueden ser divididos en dos grupos: 1. Factores endógenos (ciertas deficiencias orgánicas). 2. Los factores exógenos (de orden social)” (Manzanera, 2002, pág. 120). Los factores exógenos se encuentran fuera de la persona, tienen su génesis en la desigualdad social estructurada, las niñas, las adolescentes, las mujeres y adultas mayores no tienen control de los mismos, de conformidad con su entorno familiar, social, económico, cultural, educativo, incluso la época y el lugar en que viven forman su personalidad y la perspectiva que tienen de ellas mismas; desde un sistema en el que se les da poderío y superioridad a los hombres sobre ellas, tal es así que incluso los medios de comunicación cosifican al sexo femenino, con el objetivo de mostrarlas como objetos que muestran mercancías para la venta de productos, sexualizándolas, todo lo anterior provee un impacto negativo en la vida adulta de las mujeres y hombres, que idealizan una belleza exterior poco alcanzable, lo que perpetúa los abusos hacia ellas, pues se les humilla constantemente por su apariencia, manera de vestir, talla, peso; en su día a día se les pide que comprendan a los hombres porque tienen necesidades que no pueden controlar, se les pide que sean sexis, atractivas pero no provocadoras, que utilicen cierto tipo de calzado, que no se engorden, que

no adelgacen demasiado, que no tienen permitido comer ciertos alimentos que pueden arruinar su figura.

Se les inculca el cuerpo ideal que deben mantener para gustarle a los hombres, que se maquillen, que tengan cuidado con las arrugas, las uñas perfectas, el cabello bien arreglado, las pestañas alargadas, que se tiñan el pelo, que trate de retrasar los efectos del envejecimiento, pues ser vieja es feo, que debe ser complaciente con su pareja, que cuide sus emociones, que doble la ropa, que haga la cena, que no externe opinión, si bebe demasiado, sale sola a la calle o por las noches es su culpa ser víctima de violación, de ello se deriva que cualquier mujer puede ser víctima, no importando su edad, estratificación social, residencia, nivel educativo, pero es de hacer notar que también puede convertirse en victimaria en algún momento de su vida, por conductas aprendidas, por sufrimiento adquirido o por elección propia. Es importante indicar que el Estado de Guatemala ha incumplido con mantener, crear y cumplir políticas públicas que favorezcan a las habitantes del territorio nacional que estén enfocadas a la reducción de la comisión de hechos delictivos en su contra.

Los factores endógenos que favorecen que las mujeres sean constantemente víctimas de violaciones a sus derechos humanos, tienen intrincada relación con los factores exógenos que las minimizan y les restan valía, pero se complica al saber que estos factores tienen su génesis en el interior de las mujeres, los factores psicológicos, procesos cognoscitivos, los sentimientos, la personalidad, el carácter, emociones, la mayoría de las mujeres que sufren violencia en su contra no denuncian por temor a

ser señaladas por los miembros de su comunidad, no tienen la suficiente valentía, incluso, de llegar a las instituciones nacionales a solicitar ayuda.

La definición que Eysenck ofrece acerca de la personalidad es la siguiente:

La personalidad puede entenderse como una organización más o menos estable y duradera del carácter, el temperamento, el intelecto y el físico de una persona, que determina su adaptación única al ambiente. El carácter denota comportamiento conativo (voluntad); el temperamento, el sistema de comportamiento afectivo (emoción); el intelecto, el sistema de comportamiento cognitivo (inteligencia), y el físico, la configuración corporal y la de la dotación neuroendocrina (Andrés, 2008, pág. 24).

Las personas construyen su personalidad atendiendo a ciertas características psicológicas; lo que determina que cada ser humano actúe de manera distinta a circunstancias cotidianas o de la vida diaria, las reacciones de las mujeres en los delitos cometidos en su contra tienen importancia vital para comprender, desde su percepción, la normalización de la violencia y la finalización o no de los abusos en su contra.

Se crea a través de la Ley Orgánica del Instituto para la Asistencia y Atención a la Víctima del Delito, Decreto 21-2016 del Congreso de la República de Guatemala, el Instituto de la Víctima, que tiene la finalidad de brindar asistencia y atención a las víctimas del delito, por lo que se denota que el Estado de Guatemala no solo centra sus esfuerzos en quien

comete delitos, sino que reconoce la importancia de brindar apoyo a las personas a quienes se les han violado derechos humanos.

Una de las obligaciones del Instituto de la Víctima, está tipificado en el artículo 9 inciso g) de la citada ley, la cual consiste en coordinar con la Coordinadora Nacional para la Prevención de la Violencia Intrafamiliar y en Contra de la Mujer -CONAPREVI-, para garantizar la atención integral especializada a las mujeres, a través de los Centros de Apoyo Integral para la Mujer Sobreviviente de Violencia -CAIMUS-, por lo que se establece que el Estado articula esfuerzos para garantizar que las mujeres alcancen el ejercicio de sus derechos, mediante asistencia integral, coadyuvando a restablecer y frenar la situación de violencia que pueden estar viviendo.

La resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto al caso número doce mil setecientos setenta y siete, de Claudina Isabel Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, es solo una muestra de la poca empatía que el Estado tiene para las víctimas de delitos, en la que establece:

(...) 42. Además, el caso de Claudina Isabel representa la situación de discriminación estructural subyacente por parte de los operadores de justicia mediante la asignación de estereotipos a la víctima. Como lo indicó su padre, desde el inicio “mi hija fue estigmatizada”. Tal y como lo revelara un informe de la Procuraduría de Derechos Humanos las deficiencias en la investigación fueron consecuencia de que se prejuzgó a la víctima

por “la forma de vestir y lugar del crimen”. En sus palabras: “se pensó que era un delito que no valía la pena investigar”. Según lo explicó el padre de Claudina, tuvo conocimiento directo por parte de la investigadora de que no se intentó identificar a su hija y se estableció *a priori* que su muerte no merecía ser investigada con base en el lugar en donde apareció el cuerpo; porque usaba una gargantilla; calzaba sandalias y traía un anillo en el ombligo que “era demasiado grande”, lo cual llevó a considerar que “era una prostituta o una cualquiera”. 43. La perita González Orellana resaltó en la audiencia el impacto directo que tiene la asignación de estos estereotipos en las diligencias ordenadas en la escena del crimen, en las cuales se privilegiaron diligencias como la de alcoholemia, dirigida a juzgar una posible condición de la víctima, por encima de otras diligencias que naturalmente debían practicarse al encontrarse la víctima con un disparo de arma de fuego, tales como las trayectorias del disparo o la distancia en que se realizó. La Comisión hace notar que estos sesgos discriminatorios en la investigación son consistentes con sus hallazgos realizados en la visita de su Relatora en 2004 y el conocimiento que ya ha tenido la Corte en el caso de Veliz Franco sobre la aplicación de estos estereotipos y prejuicios sobre el rol social de las mujeres (...)

Hubo negligencia de parte de las autoridades guatemaltecas, en el caso anteriormente descrito, además, de ser un claro ejemplo de que se juzga a las víctimas mujeres con cierto sesgo androcéntrico, también revela las malas prácticas de los trabajadores del sector justicia y las falencias en

las que estos caen, por dejarse llevar por estereotipos sociales rezagados, siendo el Estado el que violó derechos fundamentales, afectando a la familia, tanto en su integridad moral como psicológica. No se puede dejar de lado, que si hubiere sido una prostituta la mujer que hubiesen encontrado en el lugar, aunque no hubiese sido Claudina Isabel, debieron realizar su labor investigativa con excelencia, pues no hay víctimas de más valor que otras.

Prevención victimal

Los movimientos por la lucha de las víctimas han alcanzado logros trascendentales, que se traducen en cambios estructurales, por lo que debe apostarse no solamente por terapias, sino por programas estatales que se sumen a un cambio que ayude integralmente a las personas víctimas y que exista justicia igualitaria para todos.

En el caso de la prevención victimal, es importante definir la prevención, como el conjunto de medidas destinadas a impedir que un determinado evento se produzca, que vuelva a producirse o bien conseguir que se reduzca en frecuencia o gravedad. Una de esas medidas es la prevención victimal. Para que el comportamiento delictivo se produzca han de concurrir tres elementos: un delincuente predispuesto, una víctima propicia y una ausencia de control (gestiopolis, 2012).

Definitivamente, los factores que desencadenan el camino que sigue la víctima para ser victimizada deben tomarse en cuenta, puesto que muchas

veces los delitos que se cometen hacia ciertos grupos vulnerables podrían entenderse mucho mejor y prevenirse desde el enfoque del itinerario victimal e *iter criminis*, que coadyuvan a la consumación del hecho delincencial.

“Por tanto, la adopción y fortalecimiento de una nueva cultura de prevención victimal, facilitará lograr un cambio de paradigma social e individual” (Aquino Bustos, Cáceres Vásquez, & Arcos Martínez, 2019, pág. 55). La prevención victimal es una tarea que deben realizar todos los miembros de la sociedad, no solo debe verse a las mujeres como un número estadístico, con el cual se justifica la labor de las instituciones, sino como seres humanos que tienen derechos y que pueden mediante la denuncia accionar en contra de quienes las violentan, el cambio hacia la mejoría y que las mujeres dejen de ser víctimas comienza desde la perspectiva propia que deben tener las mujeres, sobre ellas mismas y la valía que tienen, para irradiar entonces con ello, que la sociedad en general debe respetarlas.

La prevención victimal insiste en la importancia de incorporar los análisis sobre la víctima en la prevención del proceso de victimización y en consecuencia del delito, pues de forma general no hay delito sin esta. Varios autores comparten el criterio de Rodríguez Manzanera cuando afirma: ...una política preventiva orientada hacia la víctima, mete en evidencias medidas protectivas, defensivas y precauciones que los blancos potenciales podrían adoptar, a fin de hacer la comisión del delito

más difícil y menos rentable. Este tipo de prevención debe verse desde dos ángulos: a) general o amplio, que consiste en evitar que individuos o grupos sufran daños de cualquier índole y por cualquier causa, encontrando aquellas medidas de carácter estatal dirigidas a brindar seguridad y protección a las personas; b) particular o estricto, dirigido a la víctima del delito y al análisis de los factores victimógenos que favorecen que un determinado grupo de personas puedan llegar a ser víctimas. Con relación a esta segunda vertiente de la prevención victimal, se considera de vital importancia para su correcta implementación irrumpir en el camino de la vulnerabilidad seguido por esa potencial víctima, denominado *iter victimae*, e interrumpir el desarrollo del mismo para así evitar la posible victimización. Según García Ibanoba: "... la verdadera prevención del delito ocurre cuando se interceptan el *iter criminis* y el *iter victimae* logrando que no se crucen ambos caminos en el hecho delictivo" (Vásquez & Otero, 2017, pág. 44).

Que la mayoría de las mujeres perpetúen las violaciones de los derechos humanos en su contra, desde un punto de vista interno, se deriva de que existen varios tipos de personalidad que son movidos por el razonamiento, la voluntad, los intereses, ansiedad, miedo, ira, carácter, lo que posee un fuerte impacto en su conducta y que las mantiene en un estilo de vida de flagelos. Es muy atinado enfocar esfuerzos para darle protección y atención a mujeres víctimas de violaciones a sus derechos humanos, el Estado de Guatemala ha sido indiferente con las múltiples víctimas que día a día son flagelados por la delincuencia y la criminalidad, lo que deja

en condición de fragilidad a quienes pertenecen a grupos vulnerables, así como a los hombres que, aunque no se encuentran dentro de un grupo considerado vulnerable, al igual que cualquier mujer necesitan atención integral, asistencia legal y psicológica, si cayeran presas de la delincuencia, lo que los sitúa en un contexto de desigualdad, lo que se traduce en la falta de políticas públicas estatales para la atención integral de cualquier guatemalteco víctima, sin distinción de sexo.

Conclusión

Las mujeres nacen y crecen con predisposición a ser víctimas debido a los traumas que acarrearán a lo largo de su existencia, atendiendo a las relaciones sociales, familiares y desde las costumbres que tienen arraigadas, que las insta a vivir en un ambiente de tensiones. Del enfoque anterior, se desprende que las instituciones sociales son base fundamental que coadyuvan a la reducción de los índices de criminalidad; desde ese punto de vista, también en número, se reducirían las víctimas de distintos hechos delictivos en Guatemala, toda vez que al dejarle saber el mérito que poseen, puedan mediante denuncias restituir sus derechos conculcados.

La prevención victimal es vital para que se dé un cambio estructural en la sociedad guatemalteca, que coadyuve a evitar situaciones que permitan victimizar a las mujeres; el Estado debe adoptar estrategias y políticas públicas de prevención para que no se continúen dando los factores que culturalmente e históricamente violentan los derechos de las mismas. Aunado a ello se debe apostar por fomentar la defensa, promoción y protección de los derechos humanos, que provocaría en los guatemaltecos

la eliminación de estereotipos y el sesgo androcéntrico con el cual se tilda a las mujeres, niñas y adolescentes, lo que se traduciría en erradicar la violencia que sufren en su entorno, en sus comunidades y en la sociedad en general.

Referencias bibliográficas

Andrés, A. A. (2008). *La personalidad*. Barcelona: UOC.

Aquino Bustos, F. J., Cáceres Vásquez, M. & Arcos Martínez, J. P. (2019). *La cultura de la prevención victimal una alternativa no violenta para afrontar la violencia*. México: UAT.

Congreso de la República de Guatemala. (28 de septiembre de 1992). *Código Procesal Penal*. Decreto número 51-92. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (9 de abril de 2008). *Ley Contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer*. Decreto número 22-2008. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (18 de febrero de 2009). *Ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas*. *Decreto número 9-2009*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (5 de abril de 2016). *Ley Orgánica del Instituto para la Asistencia y Atención de la Víctima del Delito*. *Decreto número 21-2016*. Guatemala.

gestiopolis. (3 de agosto de 2012). *Victimología en el proceso penal. La prevención victimal en derecho*. Obtenido de <https://www.gestiopolis.com/victimologia-en-el-proceso-penal-prevencion-victimal-en-derecho/>

Manzanera, L. R. (2002). *Victimología estudio de la víctima*. México: Porrúa.

Manzanera, L. R. (s.f. de diciembre de 2008). Obtenido de <https://www.ehu.es/documents/1736829/2176658/07+Rodriguez.indd.pdf>

ONU: Asamblea General. (29 de noviembre de 1985). *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*. Obtenido de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/victimsofcrimeandabuseofpower.aspx>

Procurador de los Derechos Humanos. (16 de abril de 2021). *En el Día Mundial contra la Esclavitud Infantil, el Procurador de los Derechos Humanos, Jordán Rodas Andrade recomienda adoptar un sistema nacional de protección integral de la niñez y la adolescencia*. Obtenido de <https://www.pdh.org.gt/comunicacion/noticias/53-21-en-el-dia-mundial-contrala-esclavitud-infantil-el-procurador-de-los-derechos-humanos-jordan-rodas-andrade-recomienda-adoptar-un-sistema-nacional-de-proteccion-integral-de-la-ninez-y-la-adolescencia.html>

Rodríguez, A. (22 de noviembre de 2018). *La trata de personas*. Obtenido de <https://gazeta.gt/la-trata-de-personas-en-guatemala/>

Secretaría Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas. (28 de enero de 2018). *Contexto en Guatemala no más violencia sexual*. Obtenido de <https://www.svet.gob.gt/temasdetrabajo/contexto-en-guatemala>

Vásquez, S. M. & Otero, R. J. (2017). *Factores victimógenos en menores de edad abusados sexualmente Bases victimológicas para las acciones de prevención victimal*. Habana: Cenesex.



Instituto de la Defensa Pública Penal
7.ª avenida 10-35 zona 1, ciudad de Guatemala
Tel. 25015757
www.idpp.gob.gt



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA

La realización de este documento fue posible gracias al apoyo generoso del pueblo de los Estados Unidos de América, proporcionado a través de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). El contenido aquí expresado es responsabilidad exclusiva del Instituto de la Defensa Pública Penal y el mismo no necesariamente refleja las opiniones de la USAID o del Gobierno de los Estados Unidos de América.

Revista del Defensor N.º 14