



**Instituto de la Defensa
Pública Penal**

Revista del Defensor

12

**Revista del Defensor No. 12
1ra. Edición, Guatemala
Abril de 2018**

Licda. Nydia Lissette Arévalo Flores de Corzantes
Directora General IDPP

M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes
Coordinador de UNIFOCADEP

CONSEJO EDITORIAL

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

Tratamiento de Contenido

M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes
Coordinador de UNIFOCADEP

Diseño y Diagramación

Luis Fernando Hurtarte

Revisión de Estilo

M.A. Sara Marisol Mejía Alburez
Dra. Eugenia Sandoval de Paz



IDPP

Instituto de la Defensa Pública Penal

Índice

| | | |
|-----------|--|------------|
| 1. | Teoría del caso | 09 |
| | M.Sc. Rodolfo Solórzano Sánchez | |
| 2. | La tipicidad como elemento fundante del delito | 31 |
| | M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes | |
| 3. | El enfoque de la culpabilidad por vulnerabilidad | 43 |
| | M.A. Hugo Roberto Saavedra | |
| 4. | La inclusión del pluralismo jurídico en Guatemala | 65 |
| | M.A. Samuel Villalta Aguilar | |
| 5. | Administración del tiempo | 91 |
| | Dra. María Eugenia Sandoval M. de Paz | |
| 6. | Competencias digitales del abogado defensor público | 105 |
| | M.A. Sara Marisol Mejía Alburez | |
| 7. | El hecho notorio ¿Perjuicio para el acusado? | 115 |
| | Lic. Carlos Sandoval | |
| 8. | La necropsia psicológica y otros peritajes | 157 |
| | Dra. Gloria Edith Ochoa | |

- 9. El control social formal 169**
M.A. Luis Enrique Quiñónez Zeta
- 10. El reconocimiento corporal o mental 193**
M.Ac. Julio César Zúñiga
- 11. La Reincidencia y el derecho penal de acto 213**
Lic. Rigoberto Vargas Morales
- 12. El proceso de socialización inverso en el sistema penitenciario guatemalteco 227**
M.A. Kiara Amarillis Barán García
- 13. Principales aportaciones del Congreso jurídico “Redes cibernéticas, redes criminales y corrupción” 243**
Lic. César Isaac Payes Reyes

Editorial

El tiempo marcha inexorablemente y jamás se detiene, es por eso que en esta oportunidad el Instituto de la Defensa Pública Penal presenta por duodécima vez la publicación anual de la “Revista del Defensor”.

Durante doce años seguidos esta revista ha logrado posicionarse e impactar en el ámbito jurídico nacional e internacional con la calidad de los artículos presentados y se confirma como una herramienta de aprendizaje permanente, de actualización constante y de formación para todos los estudiosos de la ley pero más específicamente para funcionarios y empleados del sector justicia.

Durante este tiempo ha habido una constante y fructífera participación de especialistas quienes de manera volitiva contribuyen con sus artículos a hacer que esta revista sea apreciada en el círculo de los amantes del derecho y haya sido tomada como texto para estudiantes que se forman en el campo jurídico, así como por personas relacionadas con el contexto institucional.

Expreso un sincero agradecimiento a todas las personas que con sus valiosos artículos y sin esperar nada a cambio han

contribuido para que esta revista sea hoy reconocida a nivel nacional e internacional.

En la presente edición se presentan artículos seleccionados por el Consejo Editorial con sumo cuidado para que impacten a los distinguidos lectores. Se pueden mencionar algunos; desde Costa Rica. Rodrigo Solórzano con el tema “Teoría del Caso” sin faltar de nuestra bella Guatemala, Idonaldo Arevael Fuentes con la “Tipicidad como elemento fundante del delito”, así mismo Hugo Roberto Saavedra el tema “El enfoque de la culpabilidad por vulnerabilidad”, Samuel Villalta nos expone “La Inclusión del pluralismo jurídico en Guatemala, por otro lado un tema muy importante en la actualidad, por Eugenia Sandoval de Paz “Administración del tiempo” lo importante que es saber administrar nuestro tiempo, y no menos importante las “Competencias digitales del abogado defensor público por Sara Marisol Mejía, así mismo Carlos Sandoval nos presenta el artículo “El hecho notorio”, también el artículo “La necropsia psicológica y otros peritajes” por Gloria Ochoa por mencionar algunos.

Reciban pues distinguidos lectores el aporte académico y doctrinario de esta revista que permite enaltecer la noble profesión del abogado, y que el presente ejemplar pueda ser parte de los

documentos selectos que ustedes poseen, en el entendido que nunca se deja de aprender.

Esta edición evidencia el trabajo de la Unidad de Formación y Capacitación de los Defensores Públicos, dirigido acertadamente por el jurista Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes y su equipo de trabajo, que hacen viable este aporte bibliográfico de alta valía.

Se deja constancia que el contenido expresado en los temas es responsabilidad exclusiva de cada uno de los autores.

Los artículos publicados pueden reproducirse totalmente o parcialmente toda vez que se indique su procedencia.

Licda. Nydia Lissette Arévalo Flores de Corzantes
Directora General

Teoría de caso

M.Sc. Rodolfo Solórzano Sánchez

Con la entrada en vigor del sistema acusatorio en Guatemala en el año de 1994, se inició un camino de constantes reformas, tanto en las prácticas judiciales, como en mejoras de los cuerpos legales, inicialmente del derecho penal y posteriormente de otras disciplinas que colaboran con el sistema de justicia apuntando hacia un cambio, principalmente con el objetivo de hacer una justicia más cercana a los ciudadanos, célere, oportuna y especialmente más democrática.

El proceso penal anterior consolidó en su vigencia, una serie de prácticas que actualmente se encuentran en tránsito a desaparecer, entre ellas podemos citar, la práctica generalizada de preparar los casos artesanalmente, sin herramientas y sin un diseño que permita evaluar, diagnósticos y pronósticos; llegando al extremo de no preparar el caso y lanzarse a la audiencia sin paracaídas; también van en ese camino, el mejorar sustancialmente la lentitud con que se resuelven los procesos, haciendo ahora conciencia del tiempo y su valor en un caso judicial; mencionamos además, la definición de roles de los intervinientes; ¿Qué le corresponde hacer al juez?, ¿Qué le corresponde hacer al fiscal? y ¿Qué le corresponde hacer al defensor?, en cada una de las diferentes audiencias y finalmente, la horizontalización de la justicia, principio que se pretende instalar como nuevo paradigma, pasando de la

justicia poder que implantó el sistema inquisitivo a la justicia servicio que promueve el sistema adversarial. ¹

Con la oralización de los procesos judiciales en todas sus fases, la dinámica de los abogados en éstas audiencias, así como su nuevo rol cambió sustancialmente, se pasó de elaborar escritos que se agregaban a un expediente, a asistir a audiencias orales en donde deben de litigarse los temas que propone quien peticiona la audiencia; pasamos de la construcción de un expediente, que era la fuente de información única por excelencia, para la toma de decisiones por parte del juez, a la producción de información en la audiencia. Esta metodología de trabajo, la podemos caracterizar porque, reúne a todos los actores, con el fin de debatir la información que cada uno quiere hacer llegar al juez, con intermediación, copresencia, oralidad, contradicción, con la información que se produce en la audiencia, el juez decide el caso de manera inmediata.

Atendiendo principalmente a esta nueva metodología de producción de información se hace imprescindible, la preparación minuciosa del trabajo del litigante para asistir a la audiencia. Para cuando se inicia el abordaje del caso, se deben tener resueltas las preguntas, ¿Cómo preparó el caso?, ¿Qué se debe hacer en la audiencia?, y la más específica, ¿Cuáles son los pasos a seguir? Para responder a las preguntas antes esbozadas iniciamos señalando

¹ En ese sentido se pronuncia la Constitución Guatemalteca que indica en su Artículo 2º.- Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarles a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

que, se hace necesario introducir un esquema de trabajo científico, tanto de la preparación como de la intervención del litigante en la audiencia, pues la manera de transmitir la información ya no será en formato de papel, ahora será de manera oral.

Así las cosas, podemos decir, que la primera y una de las fundamentales herramientas de litigación, sino la más importante, es como ya dijimos la teoría del caso, este es un instrumento de litigación, que ha sido desarrollado principalmente por el sistema de justicia anglosajón y hasta hace poco era desconocido para los que nos iniciamos y desarrollamos en el sistema inquisitivo.

Como herramienta de trabajo la teoría del caso le permite al litigante, abordar el proceso de manera técnica, con gran profesionalismo y científicamente; ésta es una interrelación de todos los insumos con que trabaja un abogado, los hechos, relevantes desde el punto de vista de la materia de que se trate – penal, laboral, agrario, civil, entre otras, la o las normas que cobijan esa relación de hechos y las probanzas que van a servir para acreditar cada uno de los hechos que se pretende hacer llegar al juez.

Como lo hemos indicado la teoría del caso, es una herramienta de trabajo de los litigantes, está diseñada para que puedan atender el caso de una manera profesional y científica, reduciendo los márgenes de error y poniendo en el horizonte una salida del caso de acuerdo con su visión, de ¿Cómo? sucedieron los hechos, ¿Cómo? se debe aplicar el derecho, todo con fundamento en las pruebas que se presenten para respaldar esos hechos.

Los sistemas adversariales o acusatorios, tienen como metodología para producir información, las audiencias y esa información se produce de la mano de la teoría del caso, es una actividad metodológicamente organizada bajo el paradigma de los sistemas orales, que indica que: “sólo existe lo que existe en la audiencia”, este nuevo paradigma trae consigo el que la decisión sólo puede comprender lo discutido en la audiencia; sin embargo tenemos que tomar en cuenta que el sistema de justicia que estamos abandonando, pero con el cual hemos trabajado por muchos siglos, parte de un paradigma diametralmente opuesto, por lo cual resulta de difícil erradicación, este reza: “sólo existe lo que existe en el expediente”; pues la metodología de trabajo de este sistema de justicia es la construcción de un expediente, el cual es la fuente de información, con la cual el juez toma la decisión del caso; paradigma diferente al de los sistemas acusatorios en donde la información se produce en las audiencias y con ella el juez decide el caso. Por ello se hace imperioso en el nuevo sistema, preparar la audiencia con mucho ahínco, muy detalladamente; con un esquema de trabajo, en esta preparación la teoría del caso resulta ser la clave, para el buen desempeño del abogado.

Es preciso tener claro no solamente el concepto de la teoría del caso, sino sus componentes, ¿Cómo? se construye y ¿de qué manera? la hago llegar al juez en las diferentes audiencias, para que podamos efectivamente decir que hubo un manejo adecuado de la herramienta.

Esta teoría central ha sido denominada en la literatura comparada como “teoría del caso” (theory of the case); expresión que representa la idea eje a partir de la cual son desplegadas las energías y estrategias a través de las cuales se diseñan los eslabones argumentativos a ser presentados en las distintas audiencias de la fase de investigación y en el juicio oral.

La teoría del caso intenta constituirse en una suerte de plantilla a través de la cual el litigante invita a los jueces a mirar la realidad, o más propiamente, los hechos del caso, proveyéndolos de un lente para dar una lectura intencionada que permita explicar lo sucedido.

La teoría del caso corresponde a la idea central que adoptamos para explicar y dar sentido a los hechos que se presentarán como fundantes de una historia, permitiendo dar cuenta de la existencia de una determinada teoría jurídica.²

La teoría del caso entonces es la visión del litigante de cómo ocurrieron los hechos, en este particular aspecto, tenemos que considerar que nos encontramos trabajando científicamente, hechos en una ciencia social, como lo es el derecho y en consecuencia un hecho jurídicamente relevante, puede ser explicado o expuesto de muy diversas maneras; así, por ser el derecho una ciencia social inexacta, es que resulta posible, esta visión que ofrecen los litigantes al juez de un caso en concreto. La teoría del caso, como herramienta estratégica, es la que permitirá a los litigantes determinar con la mayor exactitud posible cuáles

² BLANCO SUAREZ (Rafael) y Otros. Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal. Editorial Lexis Nexis, junio 2005. Santiago de Chile. Pág. 18.

son los hechos importantes para llevar al juicio, en función de qué tipos penales concretos y con cuál respaldo probatorio.³

Podemos con esta definición detallar, varios aspectos importantes, el primero es que como herramienta de los litigantes, la teoría del caso impone a éstos la obligación de diseñar un boceto, esqueleto o esquema que le permita visualizar los hechos relevantes para su materia, penal, laboral, familia, agrario, entre otras, luego analizar cuál o cuáles son las normas jurídicas que cobijan esa relación de hechos, para finalmente y siguiendo la enumeración de los hechos relevantes, señalar las probanzas de cada uno de esos hechos.

La teoría del caso es la idea básica y subyacente a toda nuestra presentación en juicio, que no sólo explica la teoría legal y los hechos de la causa, sino que vincula tanto de la evidencia cómo es posible dentro de un todo coherente y creíble. Sea que se trate de una idea simple y sin adornos o de una compleja y sofisticada, la teoría del caso es un producto del trabajo del abogado. Es el concepto básico alrededor del cual gira todo lo demás. Una buena teoría del caso es el verdadero corazón de la actividad litigante, pues está destinada a proveer un punto de vista cómodo y confortable desde el cual el tribunal pueda leer toda la actividad probatoria.⁴

3 LORENZO (Leticia) Manual de Litigación. Ediciones Didot. Buenos Aires, Argentina 2013. Pág., 136.

4 BAYTELMAN A (Andrés) y DUCE J. (Mauricio) Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba. Imprenta Salesianos S.A. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. 2004. Pag.58, 59.

La teoría del caso es el eje transversal de todo proceso judicial, impregna todas y cada una de las actividades que se van desarrollando durante las diferentes fases del proceso, desde la fase inicial, pasando por la intermedia, el debate, la fase recursiva e inclusive la fase de ejecución. Por ello la elaboración no solamente debe ser cuidadosa, sino que tiene que tener rigurosidad a fin de que la misma resulte ser un sólido eje central. La “teoría del caso” provee la base conceptual para la preparación del caso y para la actuación del abogado durante cada etapa del juicio. Ha sido definida como “la idea básica que sirve no sólo para explicar la argumentación legal (teoría legal) y la versión de los hechos, sino también para articular la mayor cantidad de evidencia posible en una coherente y creíble unidad”. De tal modo “la teoría del caso no es sólo una simple afirmación sobre el derecho aplicable o sobre los hechos que sustentan la interpretación legal, sino que es el concepto básico alrededor del cual todo lo demás gira”. En su clásica obra sobre investigación de los hechos, Binder y Bergman, definen el rol de la teoría del caso en el trabajo del abogado: “describe qué ocurrió y por qué de una manera que es persuasiva para la mente y para el corazón”.⁵

La teoría del caso es la carta de navegación del litigante que, mediante un planeamiento previo, sabe cuáles son sus fortalezas, sus debilidades, su trayecto, sus cargas, su destino y puede científicamente desarrollar un método, para probar que su teoría

⁵ Binder & Bergman (Paul), *Fact Investigation, From Hypothesis to Proof*, West Publishing Co., 184 (1984). Citado por: Abramovich (Víctor E.) *La enseñanza del derecho en las clínicas legales de interés público*.

del caso es la que da solución al caso que en concreto examina y decide el juez.

Podemos graficar la teoría del caso de la siguiente manera: Estos tres componentes de la teoría del caso, deben de estar interrelacionados, hay una vinculación, necesaria entre los hechos que componen la teoría fáctica, la norma jurídica y la prueba, para hacer de ello un todo monolítico, que resulte ser una teoría del caso fuerte vigorosa, que pueda ser sustentada durante todo el proceso. La teoría del caso debe además tener las siguientes características: ser simple, única, coherente o verosímil, lógica, solvente o autosuficiente, debe bastarse a sí misma, en ese sentido la claridad es muy importante a la hora de que el litigante proceda a su construcción, que inicia desde el primer momento en que tiene contacto con el caso.

Lo primero que debe hacer el litigante, es detallar por separado y preferiblemente numerando, los hechos relevantes, los cuales deben describirse en forma cronológica; posteriormente debe de formularse el sustento legal de esa relación de hechos, cuál es la norma, señalando dónde se encuentra la misma y cómo se enlaza con esa relación de hechos, por ejemplo indicar, la norma legal del homicidio indica que, “quien le diere muerte a otra persona...”, aquí se cumple este primer presupuesto de la teoría jurídica, y se complementa con la teoría fáctica, porque esa relación de hechos, encuadra dentro de ese tipo penal; así la norma penal, la enlaza con la teoría fáctica; la estrategia y el deber del litigante es entretejer ambas teorías, la teoría fáctica con la teoría jurídica.

Finalmente, debemos de enlistar las pruebas por separado y numerarlas, para con ello señalar, cómo iremos probando cada uno de los hechos de nuestra teoría fáctica, con la teoría probatoria, con el afán de que cuando lo presentemos de manera oral ante el juez, le sea mucho más comprensible saber cómo se va a desarrollar el juicio, además de ser gráficamente más locuaz. Tener una teoría del caso ofrece muchas ventajas, entre las que podemos mencionar: Nos permite planificar mejor el caso; si seguimos el esquema anteriormente señalado, en donde hemos desagregado cada uno de los hechos relevantes, la norma y las pruebas, podemos hacer nuestro primer diagnóstico, de cómo se encuentra nuestro caso, si es un caso fuerte o débil, si tenemos lagunas probatorias, si tenemos hechos con una inadecuada estructuración, si faltan normas y proceder de inmediato a su cobertura o solución; implica pues una preparación muy detallada de todos sus elementos. Si tengo ya diseñada una teoría del caso, eso me va a servir como un plano de una construcción o como una carta de navegación de una nave o aeronave, pues ya tengo un norte hacia dónde dirigirme y además ese norte está acompañado de más información que me augura que llegaré a mi destino con éxito.

La teoría del caso también me permite una mejor ubicación, en cuanto a la búsqueda de la información, ya no voy a andar dando palos de ciego, sino que me permite ir diseñando líneas de búsqueda de información, a la vez que reconoce, los vacíos que eventualmente las debilidades de mi caso puedan presentar,

con lo cual me puedo adelantar a darle una correcta solución. Y finalmente si ya he concluido la construcción inicial de mi teoría del caso, eso me permite irme preparando adecuadamente para el juicio, que es la fase más importante del proceso y en donde se decide el mismo.⁶

Elementos.

Como se ha señalado en el esquema, los tres elementos de la Teoría del Caso son:

- La Teoría Fáctica,
- La Teoría Jurídica y
- La Teoría Probatoria.

La teoría fáctica, son los hechos selectos, que pueden ser, penalmente relevantes o civilmente relevantes, en este apartado nuestra experiencia nos enseña, que existe aún poca claridad sobre la relevancia de un hecho, suelen asignársele a actividades que no representan un hecho relevante, un espacio en esta teoría; por eso resulta importante la elaboración del boceto o borrador, para ir haciendo los ajustes necesarios y que la teoría fáctica resulte ser robusta. Esta relación de hechos debe, separarse y numerarse para que la herramienta funcione adecuadamente, en adelante demostraremos esta necesidad.

⁶ La legislación de Guatemala reconoce ya la Teoría del caso en su Código Procesal Penal, ARTÍCULO 465. Bis. *Adicionado por el Artículo 12, del Decreto Número 7-2011 del Congreso de la República.

El otro componente es la teoría jurídica, está relacionada directamente con la teoría fáctica, pues depende de esa relación fáctica que tengamos, cuál es la norma o normas que corresponde aplicar. Aquí se pretende, que elementos importantes que las normas muchas veces requieren, no sean perdidos de vista por el litigante, por ejemplo en un tipo penal como el de la estafa, si en la teoría fáctica no se indica cuál es el perjuicio, no se completa el tipo penal; así puede haber otros requerimientos en las normas de otras materias, que resulta imprescindible observar, para que se de esta relación entretejida entre estos dos institutos, con el objetivo de que en la audiencia no fracase una teoría del caso, por haberla preparado sin considerar ese elemento.

El último componente es la teoría probatoria, que al igual que las dos anteriores es de gran importancia, porque por medio de ella describimos, como vamos durante el proceso a acreditar, a probar la teoría fáctica; hay igualmente una relación estrecha y entretejida entre la teoría probatoria y la fáctica. Aquí la herramienta del boceto nos permite visualizar por ejemplo si hay vacíos probatorios, o si hay prueba súper abundante. Además, si hacemos aplicación de los criterios de utilidad, necesidad y pertinencia, como filtros de esas pruebas, podremos hacer un juicio de valor y concluir si esa es una prueba fuerte, o por el contrario es una prueba débil por no soportar el análisis con esos filtros.

Esto le permite al litigante hacer los ajustes necesarios, para poder presentar solventemente la prueba. Igual que para con la teoría fáctica, la teoría probatoria requiere, que separemos la prueba,

numerándola y relacionándola con aquella. Que el litigante pueda decir, el hecho señalado como N°1, lo voy a probar con la prueba señalada N°1. El hecho señalado N°2, lo voy a acreditar con la prueba señalada N°2 y así sucesivamente. Como la teoría del caso se formula desde el primer momento en que el litigante entra en contacto con el caso y la misma no está escrita en piedra, o sea puede ser que, si existe información nueva que esté llegando al caso en construcción, esa información puede modificar la teoría del caso. Por ello, es recomendable compartir y ensayar con un colega esa teoría del caso, la exposición de la misma ante otro profesional permitirá en caso de ser necesario, hacer ajustes o mejorar la construcción que voy a someter a consideración de un juez, con el control del contendiente en una audiencia.

¿Cómo se construye? La construcción de la teoría del caso supone una serie de pasos, que debemos de ir agotando uno a uno. Siempre que entramos en contacto con un caso o proceso judicial, ya de inicio tenemos una cantidad de información, que debemos como operadores del derecho procesar con criterios científicos.

Así que el primer paso es:

- Tomar en cuenta toda la información disponible, toda la información supone que se debe considerar tanto la información que favorece, como la que perjudica el caso, esto porque en los procesos orales, cuando se planifica la participación en la audiencia; debe tenerse presente que, sólo se tiene una única intervención, en donde el litigante se debe referir, tanto a

las fortalezas del caso, como a las debilidades y darles a esas debilidades, una explicación razonable, verosímil; además se debe refutar en esa misma intervención, lo que probablemente el rival procesal pueda decir, cuando le toque su turno de participar; o dicho de otra manera, se debe refutar por adelantado.

Esto es así porque, en los sistemas acusatorios, no existe la réplica como lo conceptualiza el sistema inquisitivo, más bien ésta recibe la crítica, de ser una herramienta que no promueve la excelencia, pues le da la oportunidad a la parte que no preparó el caso, de solventar los errores, algunas veces irreversibles; incentivando con ese proceder, la no preparación del caso, pues hablando en sentido figurado, se premia al que hace mal su trabajo, brindándosele la oportunidad de corregirlo en la audiencia; ese es el fundamento práctico en los sistemas orales, preparar el caso, porque además se tiene que adelantar lo que probablemente el rival procesal va a decir en la audiencia y no se cuenta con el incentivo perverso, de que se pueden corregir los errores en ese momento; de alguna manera esto es una sanción procesal en el acto, que genera el incentivo positivo, de dedicarse a preparar adecuadamente el caso, para presentarlo en la audiencia. En esta línea de preparación, es muy importante que el litigante discuta con las personas involucradas directamente en el conflicto, los detalles del mismo, con el afán de poder hacer, esa cobertura de toda la información, pues son ellos los que conocen en detalle los hechos y a los

cuales el abogado, debe de contribuir a extraer los relevantes, eso permitirá abarcar los hechos en su totalidad, desde la visión de esa parte. Si es el fiscal, debe de reunirse con la víctima, para pormenorizar detalles de la teoría fáctica y de la teoría probatoria. Si se es litigante, en las demás materias, asume el mismo rol de reunirse con quien pretende formular la demanda, para conocer puntualmente hechos y pruebas relevantes.

Si por el contrario es el defensor, debe de reunirse con el acusado, para afinar y detallar aspectos relevantes de la información y probanzas. Si se trata del demandado para las otras materias, igualmente debe reunirse el litigante con éste, para conocer puntualmente detalles que le interese incorporar a su teoría del caso.

- La formulación de una hipótesis. Es un relato muy breve, de cómo la parte considera que ocurrieron los hechos, debe ser simple para poder explicárselo al juez. Debe incluir lugares, personas, con las descripciones que les puedan identificar, describir incluso detalles que se consideren importantes como: estaba llorando, estaba retraído, estaba triste. De igual manera, es labor del litigante, evaluar la hipótesis, se recomienda realizar este ejercicio con un colega, a efectos de poder establecer a priori, si ésta es una hipótesis fuerte o débil y hacer los ajustes necesarios, antes de presentarla en la audiencia. Ese ejercicio se puede lograr, haciendo una prueba lógica de fortaleza; el litigante tiene que contrastar contra

su hipótesis, las siguientes preguntas: ¿Quién?, ¿Cómo?, ¿Dónde?, ¿Cuándo? ¿Por qué?, efectuada esta contrastación, podemos ya concluir calificando nuestra hipótesis; si responde con solvencia las anteriores preguntas podemos decir que es una proposición fáctica o hipótesis fuerte, de lo contrario hay que corregir los posibles vacíos, que esta pueda tener a fin de hacerla una hipótesis fuerte, que pueda soportar los embates propios de la dinámica adversarial, que surgirá en la audiencia.

- Posibles requerimientos jurídicos: Teoría jurídica. A los litigantes les corresponde por medio de la escucha y el análisis intelectual, seleccionar cuáles son los hechos jurídicamente relevantes, que le relata su cliente cuando se reúne con él o cuando el fiscal recibe la denuncia de la víctima; el siguiente paso, es efectuar el encuadre con la teoría jurídica, en donde debe claramente saber y conocer ¿Cuál? Es la norma o las normas que cobijan esa relación de hechos; o sea que si se está describiendo en la primera parte –teoría fáctica- un homicidio, el litigante tiene que conocer la norma, para ver los requerimientos que esta tiene y ajustar los hechos a los mismos, si no se hace así, es muy probable que el caso no trascienda más allá, de las fases iniciales del proceso, con la consecuencia de que tal yerro, puede serle achacado al abogado litigante. La destreza del letrado en este punto está en que no solamente se tiene que localizar la o las normas, sino cumplir con las exigencias de la misma y entrelazarla con la teoría fáctica, además de que como veremos adelante debe

también enlazarse con la prueba, sistemáticamente, numerada y separada, para darle mucha autosuficiencia a la teoría del caso.

- Vinculación de la norma con el hecho. La vinculación de la norma con el hecho es fundamental, porque permite entrelazar, los hechos que han sido seleccionados como jurídicamente relevantes, con la norma. Se nota acá el trabajo del litigante, puesto que en la primera parte tiene, a través de la reunión con su cliente, la víctima o el acusado, se pone a prueba que el litigante haya efectuado, una buena escucha y selección del relato, de ¿cómo? sucedieron los hechos, y cómo efectúa el encuadre de esos hechos en la norma. Su destreza aquí es, en primer lugar, tener una excelente escucha, para hacer la selección de esos hechos jurídicamente relevantes, luego encontramos la destreza de relacionarlos correctamente con una norma jurídica, que les dé cabida y que además cumpla las exigencias de la misma, generalmente en ella esbozadas.
- Esto parece ser una labor fácil, sin embargo, en la práctica nos encontramos con que, no se hace muchas veces un encuadre correcto de la relación de hechos dentro de la norma. A mi juicio, este yerro nada esporádico, sucede porque no se trabaja con un esquema claro de cómo formular la teoría del caso. Amén de algunos incentivos negativos, de normas disfuncionales de las leyes penales adjetivas, un ejemplo de esta práctica es, la

que promueve la acusación supletoria y consecuentemente la no unidad de este instrumento.

- Vinculación de los hechos con la prueba. Es igualmente importante, hacer una correcta vinculación, de los hechos con la prueba, ya señalamos supra que la formulación de la teoría fáctica debería de hacerse, separando y numerando los hechos; esa numeración y separación, ahora va a tener su correspondencia, con la vinculación de esos hechos con la prueba que se va describiendo, así para el hecho separado y señalado como N°1, se probará con la prueba N°1; el hecho señalado como N°2, se probará con la prueba señalada N°2 y así sucesivamente. Con este esquema de trabajo para la vinculación de los hechos con la prueba se garantiza, que la prueba va a tener las características que procesalmente se le exigen, a saber, que sea útil, necesaria y pertinente. El método de numeración permite poder visualizar cuanta prueba se tenga, para determinados hechos, cuáles hechos han quedado sin prueba, si existe algún problema con relación a la prueba, prueba ilegal o violación a la cadena de custodia, por ejemplo, cuáles hechos debería de reforzar, probatoriamente hablando, que brinden un panorama cierto y seguro, de cómo se debe presentar el caso en la audiencia, dejando de lado la improvisación y asumiendo una planeación y preparación adecuada del caso.

- Teoría de la contraparte o Rival procesal. Para el litigante la preparación del caso no termina ahí, sino que además de preparar su caso, lo cual se hace sobre las fortalezas del mismo; también debe de prepararse con relación a la teoría del caso de su rival procesal, analizar, cual probablemente va a ser la teoría del caso del contrincante y siguiendo la dinámica adversarial, controlar, adversar o dar un punto de vista alternativo de lo que va a decir su oponente en la audiencia.

Explicándolo con un ejemplo sería, que si el litigante es el fiscal, y en la audiencia va a formular acusación por homicidio, cuando hace uso de la palabra en la audiencia, va a seguir el esquema que hemos explicado aquí, una teoría fáctica –relación de hechos jurídicamente relevante-, teoría jurídica –la o las normas que cobijan esa relación de hechos- y una teoría probatoria; así expondrá cronológicamente, los hechos que constituyen el delito de homicidio y que tienen como sustento una determinada prueba que entrelazará en su exposición. Pero no solamente debe de referirse a ese homicidio, sino que tiene que referirse a lo que eventualmente el defensor que es su rival procesal, vaya a decir; en su último apartado el fiscal dirá, “señores jueces el defensor probablemente alegará, que éste no es un homicidio, sino que estamos en presencia de una legítima defensa, pero en realidad, no nos encontramos ante una legítima defensa porque ...” y seguido hace su argumentación, señalando, por ejemplo, que no se cumplen los requisitos para que opere la causa de justificación, desagregando detalladamente cada uno

de los supuestos, indicando por ejemplo, que no hubo agresión ilegítima, lo cual se debe acompañar con el contenido fáctico del caso en concreto; así sucesivamente para los demás presupuestos del instituto, de esa manera construye su alegato.

La destreza en este apartado constituye en, refutar o adelantarse a lo que probablemente su rival va a señalar. Esto es así porque en los sistemas adversariales, como ya se ha expuesto, no hay réplica; en el sistema acusatorio, el litigante en una única intervención se refiere tanto a su caso, como a lo que probablemente dirá su contendiente.

Obviamente si hay algo nuevo, que no tuvo la oportunidad de controlar, lo puede adversar; con la observación que debe ser algo nuevo, surgido de la audiencia que el litigante no ha podido controlar; no es el concepto de réplica, como el juego de ping pong, que tienen los sistemas inquisitivos, en donde el que no preparó su caso, recibe un premio –lo puede corregir o subsanar en la audiencia- mediante la réplica.

Con este método de preparación de la teoría del caso, lo que se pretende es, que toda la información se produzca en la audiencia y que esa información, sea información de calidad, con la cual el juez pueda tomar la decisión del caso; se persigue que las audiencias y el juicio sean o correspondan a una representación lo más cercano de lo que sucedió, una reconstrucción del hecho histórico real, sin ninguna intervención de terceros que desdibuje ese hecho, como

sucede con el fenómeno de la delegación del sistema inquisitivo; la prueba por ejemplo la recoge una persona diferente a la que decide el caso; el nuevo sistema, promueve la inmediación, en donde los hechos, son contados por los actores que tuvieron contacto con ese hecho, son relatados con inmediatez, a quien resuelve el caso.

Esta no es una tarea fácil, pues nuestra metodología por más de quinientos años fue la de construir un expediente y entregárselo al juez para que, en la soledad de su oficina, resolviera el caso. Un juez que firmaba resoluciones consagraba una justicia delegada, estamos cambiando a una forma nueva de hacer justicia, en donde el juez escucha a las partes; con ello se hace realidad lo que reza el numeral Constitucional 203, que indica que: La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República de Guatemala. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones.

Referencias Bibliográficas

- Baytelman A (Andrés) y Duce J. (Mauricio) Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba. Imprenta Salesianos S.A. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. 2004.
- Bergman (Paul) La Defensa en Juicio, La Defensa Penal y la Oralidad. Editorial Abeledo-Perrot. Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina, 1989.
- Blanco Suarez (Rafael) y Otros. Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal. Editorial Lexis Nexis, junio 2005. Santiago de Chile.
- Gimeno Sendra (Vicente) Derecho Procesal Penal. 1° Edición, Editorial Colex 2004. Madrid. España.
- Gonzalez Alvarez (Daniel). La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. En Revista de Ciencias Penales N 11. Año 8, julio 1996. ABC Ediciones. San José, Costa Rica
- Lorenzo (Leticia) Manual de Litigación. Ediciones Didot. Buenos Aires, Argentina 2013.
- Mora Mora (Luis Paulino) La importancia del juicio oral en el proceso penal. En Revista de Ciencias Penales N 4, Año 3 junio de 1991.

- Queralt (Joan J.) La asistencia letrada al detenido. Tercera Edición, Editorial Atelier. Barcelona, España, 1999.
- Quiros Camcho (Jenny) Manual del Proceso Penal. Editorial Investigaciones jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2008.
- Traversi (Alessandro) La Defensa Penal. Editorial Aranzadi S.A. Tercera Edición. Navarra, España. Traducido por María de los Ángeles Gómez Campos. 2005. 11.
- Vazquez Rossi (Jorge E.) La Defensa Penal. Rubinzal-Culzoni Editores. Cuarta edición actualizada. Buenos Aires, Argentina 2006.

Leyes

- Código procesal penal, Decreto número 51-92 Dictado por el Congreso de la República de Guatemala el 28 de setiembre de 1992.
- Constitución política de Guatemala. Dada en La Asamblea Nacional Constituyente, en la ciudad de Guatemala, a los 31 días del mes de mayo de 1985.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

La tipicidad como elemento fundante del delito

M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes

El abordar el tema de la tipicidad como elemento fundante del delito es enriquecedor, porque a través de varias obras de tratadistas de las ciencias penales se logra que los abogados se interesen por dicha temática; considerando que, es necesario para el trabajo del operador jurídico: un defensor público o privado, fiscales, jueces o magistrados quienes lo aplican en su faena diaria, porque las argumentaciones (para los abogados) y fallos judiciales tienen como núcleo para absolver o declarar inocente a una persona, deben incluir este elemento clave de la teoría del delito, es decir la tipicidad.

La tipicidad es un indicador de la teoría del delito como una forma que permite analizar las características comunes y diferencias de todos los delitos en general, para determinar su existencia y la imposición de penas si fuera necesario.

La teoría del delito consiste en una aplicación lógico secuencial debido a que si existiera una acción u omisión debe ser penalmente relevante. Luego de analizar la tipicidad, se verifica la antijuricidad y posteriormente la culpabilidad siguiendo la lógica secuencial,

la teoría del delito va recorriendo fases en las cuales hay filtros que obligan al operador jurídico a tomarlos en consideración como un termómetro que permitirá medir el grado en que se encuentra la acción. Al principio es un trabajo simple que irá aumentando la dificultad al tomar en consideración que no todas las acciones llegan al grado de culpabilidad.

El profesional del derecho, sea defensor, fiscal o juez debe observar cuidadosamente la prevención policial al iniciar la labor científica del jurista, tomando como base que el éxito o el fracaso de una acusación o defensa depende de la forma como se aplica la teoría del delito al caso concreto.

En relación a que la teoría del delito tiene una función reductora del poder punitivo, el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni refiere:

“la más importante función correctiva reductora del poder punitivo por parte del derecho penal se lleva a cabo a través de su interpretación de las leyes penales manifiestas. El saber o ciencia del derecho penal debe operar como dique de contención de las aguas turbulentas y caóticas del estado de policía, para impedir que aneguen al estado de derecho” (Zaffaroni: 2002. Página 272-273).

La interpretación de leyes es una tarea que le compete a los operadores judiciales, y en este caso el defensor, debe ser cuidadoso al realizar esta función reductora del poder punitivo del estado, cuando tenga un proceso penal bajo responsabilidad, y en especial al leer la prevención policial o la acusación, según la etapa procesal.

“Sin embargo, como las aguas del estado de policía se hallan en estado superior respecto al plano del estado de derecho, éste permanece constantemente amenazado por el volumen rebalsado que tiende a sobrepasar el dique. Es su función evitar el rebalsamiento, pero al mismo tiempo, impedir la contención de la masa acuosa tan enorme que provoque su estallido. Para ello debe operar selectivamente, filtrando sólo las aguas menos sucias y reduciendo su turbulencia, valido de un complejo sistema de compuerta, que impidan la perforación de cualquiera de ellas y que, para el caso de producirse, disponga de otras que las resguarden. De allí, que, si el poder punitivo ejerce violencia selectivamente, la contención reductora que debe oponerse al derecho penal, también debe ser selectiva” (Zaffaroni: 2002. Págs. 272-273).

Siendo el defensor el garante del debido proceso debe considerar que, si bien existen hechos, deberá filtrarlos a través de la teoría del delito para que avance lo que es penalmente relevante.

El profesor José Gustavo Girón Palles, menciona que “la selectividad a que se refiere Zaffaroni deben operar como una contra selectividad que corresponde a las agencias de control penal, filtrando las conductas para establecer la existencia del delito, haciendo una contrapuerta de contención, como una de las funciones de la teoría del delito”. (Girón Palles: 2017. Pág. 24).

“La otra contrapuerta de la teoría de la pena, y ambos formarían la teoría de la responsabilidad penal. Si no fuese así de que serviría la teoría del delito si el poder punitivo del estado no tiene un límite científico al aplicar el derecho” (Girón Palles: 2017. Pág. 24)

¿Se hace necesario reflexionar sobre la tipicidad? Al responder afirmativamente, se considera que el abogado acusa o defiende; desde el momento en que toma un proceso está iniciando la construcción de una teoría del caso, misma que contiene varios indicadores:

- plataforma fáctica,
- plataforma jurídica y
- plataforma probatoria

La conjugación de las plataformas de hechos y jurídica hacen pensar en relación de la subsunción de la forma en que aconteció

un crimen y se vincula con el tipo penal, contenido en el derecho penal material, es decir lo fáctico y lo legal.

En la práctica tribunalicia, y en especial al momento de la audiencia de primera declaración de una persona sindicada, el primer elemento **fundante** que debe tener claro el abogado fiscal y defensor, al leer la prevención policial para imputar hechos, o refutar los mismos, si la conducta u omisión es voluntaria dirigida a una finalidad y se encuadra en uno o más tipos penales establecidos en la ley material. Entonces será una conducta a la cual se le denomina **Acción típica**, pero si por el contrario y atendiendo al principio de legalidad, sin la acción u omisión que no está calificada como delito o falta anterior a su ejecución, se encuentra frente a la atipicidad. El control sobre el ejercicio intelectual de la fiscalía de subsunción de hechos y el encuadre dentro de un tipo penal, será de gama alta por parte de la defensa, tomando en consideración que muchas veces se cae en falacias para pretender persuadir al juzgador; y actualmente se recurre a la presión mediática para conseguir tipificar un hecho que no es penalmente relevante.

Estructura del tipo:

Se presenta una clasificación sencilla de los diversos tipos de estructura:

- **Tipo doloso:** Atendiendo al principio de legalidad y taxatividad se puede establecer la conducta por la intención de realizar la acción descrita en el tipo doloso.

- **Tipo culposo:** Cuando se trata de la vulneración del deber de cuidado que la persona debió de observar, se refiere al tipo culposo.

Claro será entonces que hay un injusto penal (tipo penal) únicamente cuando se configuran todos los elementos propios de cada descripción en particular.

Elementos comunes del tipo penal

Comúnmente los elementos básicos del tipo penal son: Los sujetos, el objeto y la conducta.

- **Los sujetos:**

El sujeto activo, es el autor o quien efectúa la acción u omisión. El sujeto pasivo, es el titular del bien jurídico, quien ha sido afectado por la conducta del sujeto activo. El Estado, es el órgano que reacciona persiguiendo la acción por el ente acusador o juzgado mediante los órganos jurisdiccionales.

- **El objeto:**

Puede ser estudiado desde dos ámbitos: Material y Jurídico. El objeto material es sobre el que cae físicamente la acción típica, mientras que el objeto jurídico es el derecho que el legislador ha seleccionado para protegerlo a través de una norma o código penal. Ejemplo: en el tipo penal de robo, el objeto material es el

bien mueble y el objeto jurídico será la propiedad o en otros casos la posesión de la cosa mueble.

- **La conducta**

Clásicamente conocida como la acción u omisión de una persona, y que se puede estudiar desde dos aspectos objetivo y subjetivo.

Tipo objetivo: Es el tipo objetivo, el sujeto, la acción, es decir lo externo del hecho, relacionados con verbos rectores, por ejemplo: sustraer, provocar muerte, extorsionar, entre otros.

Tipo subjetivo: Es la relación psicológica entre el autor y la acción o resultado, de donde se genera el término desvalor de acción y se refiere al propósito o finalidad, el ánimo que impulsa el actuar a título de dolo o en su caso culpa.

Elementos del tipo

Los elementos del tipo se encuentran en los supuestos de hecho de la norma penal y se dividen en elemento descriptivo y elemento normativo, y el cual para fines de aclaración se describen así:

Elemento descriptivo

Es el que se aprecia u observa por medio de los sentidos, es decir: oído y vista. Ejemplo: en el asesinato, en la muerte de una persona.

Elemento normativo

Se observa o aprecia por medio del intelecto, puesto que para esto debe hacerse una valoración jurídica de estos elementos o apoyarse de otras ramas del derecho para interpretarlos, por ejemplo: los elementos de la conspiración, asociación ilícita, entre otros.

Clases de tipos

En realidad, el análisis del tipo es abundante, pero para estos fines y siendo prácticos, se señala los tipos cerrados y abiertos, tipos dolosos y culposos, delitos de resultado, de mera actividad y delitos de peligro.

Tipos cerrados

En el denominado tipo cerrado el supuesto de hecho se encuentra descrito en la norma penal y cumple con el principio de legalidad sustantiva.

Tipos abiertos

En esta clase de tipo, el supuesto de hecho, el tipo subjetivo no se encuentra descrito en la norma penal. Verbigracia el artículo 264.3 del código penal guatemalteco “quien defraudare a otro, usando cualquier ardid o engaño, que no se haya expresado en los incisos anteriores” (código penal, Pág. 122). Los tratadistas refirieren que los tipos penales abiertos surgen por descuidos del legislador,

error en la técnica legislativa o errores técnicos del Congreso para el caso de Guatemala.

En los tipos penales abiertos se vulneran principios entre los que se pueden mencionar el de legalidad y el de taxatividad de ley sustantiva.

El defensor debe tener mucho cuidado cuando se tipifican conductas que sean abiertas, debido a que se presta para la arbitrariedad, ya sea por parte del fiscal o del juez. Por lo que se sugiere plantear una acción de inconstitucionalidad, que puede ser en caso concreto en la audiencia que corresponda, o una inconstitucionalidad general para abortar del ordenamiento jurídico tales tipos penales abiertos.

Tipos de resultado

En los delitos de resultados hay un daño efectivo o lesión al bien jurídico.

Tipos de peligro

Los tipos de peligro son aquellos en donde el bien jurídico se pone en una situación de riesgo y por ende se penaliza la conducta del autor. Para algunos tratadistas jurídico penales “el bien jurídico se encuentra en una situación en que su lesión no puede ser evitada con seguridad a través de los medios normales, en la que se deja

la existencia del bien jurídico a merced del curso causal que el sujeto ya no puede controlar” (Rodríguez: 2004. Pág. 57).

En cuanto a la responsabilidad penal de los delitos de peligro, específicamente en los delitos dolosos, pueden ser analizados con la clasificación doctrinaria de dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual.

Los tipos penales de peligro culposo, suponen una puesta en peligro por descuido, sin decisión o voluntad de poner en peligro, admiten imprudencia inconsciente con un acto peligroso descuidado por advertencia del peligro respecto a la lesión y de la puesta en peligro. Un ejemplo: en el tipo penal de contaminación industrial que admite responsabilidad dolosa y culposa.

Los delitos de peligro

“En abstracto son conductas tipificadas por el legislador y definidas en base a estadísticas que se presentan como presuntamente peligrosas por variadas razones ante la sociedad en su conjunto, pero que no lesionan el bien jurídico individual o colectivamente considerado, ni lo colocan en peligro evidente, ni tienen una víctima definida, adelanta de ese modo el poder punitivo del estado, con criterios de política criminal preventivos de

otras conductas más graves, es decir al estadío previo de estas, que hipotéticamente sucederían si no se atacaran penalmente” (Lucas Yancarelli: 2001, pág. 3)

Lo anterior refleja un derecho penal simbólico, que pretende dar una sensación de confianza al ciudadano, pero que no merma la criminalidad, es el caso de tipo penal de portación de arma ilegal de fuego de uso civil y/o deportivo (Girón Palles, 2017, pág. 63)

Para Raúl Zafaroni (2009, pág. 10) el peligro en abstracto es una invención toda vez que no hay afectación del bien jurídico. Como ejemplo de los delitos de peligro es el tipo de responsabilidad de conductores, reguladas en el artículo 157 del código penal guatemalteco.

El análisis del tipo penal y la tipicidad es amplio, derivado a que existen varios autores de obras que emiten sus teorías, pero finalmente lo que importa es que el operador judicial, y en especial el fiscal en su actividad de persecución penal, sea objetivo y no se deje llevar por la presión mediática y aplique el derecho penal simbólico, mientras que el abogado defensor debe ser un profesional contralor que al momento de tomar un proceso penal, debe ser garante del debido proceso y sobre todo de la presunción de inocencia, y aplicar correctamente la teoría del delito desde el inicio, para no caer en arbitrariedades judiciales.

Referencias Bibliográficas

- Girón Payes, José Gustavo, Teoría Jurídica del delito aplicada al proceso penal, Guatemala, 2017, ediciones mayas Na' Oj.
- Roxin, Claus, Derecho General, parte General, La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid, España, 1997, Graficas Rogar S.A.
- Yancardelli Lucas, Delitos de Peligro y su inconstitucionalidad, Asociación de Pensamiento Penal, [http/ pensamiento penal, org.](http://pensamiento-penal.org) Ar. Consultada el 6 de abril de 2018.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Estructura Básica del Derecho Penal, Buenos Aires, Argentina, 2009, Editorial Ediar.

Leyes

- Código Penal de Guatemala
- La Constitución Política de la República de Guatemala
- Ley de Armas y Municiones
- Leyes Especiales

El enfoque de la culpabilidad por vulnerabilidad

M.A. Hugo Roberto Saavedra

“Cuando un autor escribe un libro,
lo hace para que alguien lo lea
(lo que puede o no conseguir),
pero también... puede suceder...
que se altere el paradigma de
una ciencia...

Eugenio Raúl Zaffaroni”.

El Defensor, desde el momento en que se le asigna el caso, debe elaborar la teoría del caso, y a lo interno de la misma el constructo de la o las estrategias de defensa, cuyo sustrato base para esa construcción intelectual ocurre en dos momentos: uno es la entrevista con el detenido o procesado, contacto que se ha de realizar con calidez y sensibilidad, explicando las consecuencias jurídicas del antes, el durante y el después de cada audiencia y ante todo ese contacto debe ser con respeto a su dignidad humana, persona que explicara qué sucedió en modo, tiempo y lugar, posteriormente en un segundo estadio de análisis, se contrastan esos datos con

el informe de policía y al cruzar esas variables, se podrá realizar una litigación estratégica, una defensa técnica eficaz, basada en derechos humanos temáticos, por ello se puede aseverar que el rol del defensor es de promoción, difusión y de protección de los mismos en beneficio de su patrocinado, esto exige que el caso sea analizado desde varios enfoques, desde el más general al particular y que gravitan en diferentes niveles intelectivos, y que se abordaran en el presente artículo y al final se presentan algunos ejemplos, para mejor comprensión de los mismos.

El análisis del caso concreto, por parte de la defensa técnica, debiera realizarse aplicando, en principio con un enfoque basado en los derechos humanos, conocido por sus siglas como EBDH, óptica que es bidimensional pues de un lado tiene a los titulares de derechos humanos, que pueden hacer reclamaciones ante arbitrariedades por parte del Estado al vulnerar esos derechos, por acción u omisión y por el otro lado, existe un titular de deberes y obligaciones en materia de derechos humanos, que es el Estado, por lo tanto este enfoque es bilateral, frente a un derecho una obligación, por ello “el enfoque de derechos ha venido siendo un discurso permanente en países latinoamericanos, donde se construyó una tendencia nacionalista y anticolonialista para ir definiendo los límites a la dominación y el abuso. El EBDH es un instrumento metodológico que usa el discurso de la teoría constitucional e internacional de los derechos humanos, pero que a su vez incorpora una dimensión política en el análisis: el de la decisión pública adoptada a través de las políticas públicas del

Estado, quien se hace principal responsable de la vigencia de los derechos y pone al ciudadano al centro de toda decisión”, (Alza Barco, 2006, pág. 54), entonces este enfoque pretende que el Estado, en el momento de formular las políticas públicas tome en consideración ciertos aditivos de los estándares internacionales en materia de derechos humanos temáticos e incluirlos en ellas, caso contrario, esas políticas podrían estar fundadas en un enfoque de beneficencia o asistencia, que implica una responsabilidad moral sin exigibilidad por parte del ciudadano de sus derechos humanos o podría tratarse de un enfoque de necesidades presuponiendo que las personas merecen ayuda y se les debe brindar, priorizando esas necesidades y es la caridad el motor que impulsa esa satisfacción, enfoques totalmente alejados al EBDH, que implica un empoderamiento de aquellas políticas públicas en materia de los derechos humanos.

El EBDH, por lo tanto, se basa en lo axiológico al ponderar valores y principios que están contenidos en los convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos, que privilegian el respeto a la dignidad de la persona humana, a la vida, libertad, igualdad, seguridad, a la salud, a la educación, a la inclusión de colectivos minoritarios, a la diversidad sexual, la multiculturalidad e interculturalidad, participación política, bienestar social y cualquier otro aspecto ligado al desarrollo integral de la persona, para lograr satisfacer su proyecto de vida.

Esta visión del EBDH, no sólo se queda en el ámbito de las políticas públicas, sino que es factible transpolar la misma al sistema penal, puntualmente a jueces, y a los sujetos procesales tal el caso de defensores públicos, fiscal, víctima y procesado/a, por lo que se concluye que en el ejercicio de sus roles deben tener como guía rectora de actuación, además de los preceptos constitucionales, las mandatas de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, verbigracia el Pacto de San José, la Convención Belem do Pará o Convención sobre los Derechos del Niño, etc., pues en ese derecho convencional se aborda ciertas garantías (que son derechos humanos) tal como el derecho de defensa, el debido proceso, la presunción de inocencia entre otros, y que se deben respetar, principalmente por el juez penal, pues él es el máximo responsable de positivizar el EBDH, a través del denominado Control de Convencionalidad aplicable a sus resoluciones judiciales, el cual es explicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así:

“El control de convencionalidad, con dicha denominación, aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano vs. Chile. Con anterioridad, el juez Sergio García Ramírez, en sus votos de los casos Myrna Mack y Tibi, había realizado una aproximación conceptual al control de convencionalidad que se realiza en la sede interamericana y en el ámbito interno de los estados, pero en Almonacid Arellano, la corte precisa sus principales elementos.

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006:

124. 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, intérprete última de la Convención Americana”. (Control de Convencionalidad, 2015, pág. 4), por lo que, ante este activismo jurisprudencial de la Corte con directrices claras, el juzgador no tiene pretexto para no aplicar al caso concreto el EBDH, a través de este control, caso contrario el defensor se lo exigirá, de eso no cabe la menor duda.

Una vez comprendido la trascendencia que tienen los estándares internacionales del EBDH para el defendido/a, arribamos a un

segundo nivel intelectual constituido por el Enfoque holístico, que es un análisis, una visión integral de un “todo” en interdependencia con sus diferentes variables o partes, de tal manera que el holismo privilegia al “todo” que trasciende y es superior a la suma de las partes, por tal razón es una sinergia intelectual, que tiene como requisito *sine qua non* la integración, la asociación de los elementos en el todo pues es ilógico que una de las partes tenga la capacidad de explicar el “todo”, en este sentido el defensor al analizar el caso concreto, debe aplicar en su litigación estratégica el enfoque holístico, pues sería una mala práctica y un error el pretender construir la estrategia de defensa desde un solo elemento, verbigracia exclusivamente desde lo procesal penal, sin analizar otras aristas como serían las garantías penales, teoría del delito, teoría de la prueba, la pertinencia intercultural, la perspectiva de género, etc., por ello el Defensor en su rol debe ser multitemático, en su análisis.

A posteriori, llega el momento de abordar a un último nivel de abstracción intelectual, que es la aplicación del enfoque de la Interseccionalidad, que significa cruzar o intersectar todos los datos, toda la información, todos los elementos del “todo”, a manera de develar un entramado, un entretejido que a primera vista no se visualiza, pero que existe y que demuestra las diferentes realidades y escenarios de la persona, desde lo bio-psico-social y sobre todo sus vulnerabilidades.

El enfoque de la interseccionalidad significa visualizar las diferentes o múltiples identidades simultáneas que confluyen en

la persona (procesada/do), es análisis que no solo se queda en la superficialidad, sino que se debe bajar a otras capas que no fácilmente se observan, y que también requieren protección de derechos humanos, por lo que parafraseando a la Doctora López Puleio, Defensora Pública Interamericana, de Argentina, y que conlleva una acertada lógica lo indicado por ella es que: “A mayor vulnerabilidad mayor tutela desde las garantías penales”, tanto nacionales como internacionales en materia de derechos humanos, y lo grave es que esas vulnerabilidades afectan el acceso a la justicia, y es que: “El acceso a la justicia se configura como un derecho humano de carácter fundamental y condición indispensable para la realización de todos los demás derechos humanos”. (Guía Regional para la Defensa Pública y la Protección Integral de las Personas Privadas de libertad, 2013, Pág. 49), allí radica la trascendencia de estudiar el caso desde la interseccionalidad.

Como un dato histórico, “El término ‘interseccionalidad’ fue acuñado por la experta legal Kimberlé Williams Crenshaw en 1995. La académica afroestadounidense llegó a este concepto inspirada por el conocimiento y los saberes emancipatorios heredados de sus ancestros, pioneras feministas y pensadoras negras que lucharon contra la cosificación de sus cuerpos, contra el yugo del racismo, del sexismo y de la discriminación de género y de clase social desde los tiempos de la esclavitud. Crenshaw define la interseccionalidad como la expresión de un “sistema complejo de estructuras, opresión que son múltiples y simultáneas. En su marco teórico, la subordinación interseccional es, a menudo, la

consecuencia de un factor de discriminación que, al interactuar con otros mecanismos de opresión ya existentes crean, en conjunto, una nueva dimensión de desempoderamiento” (Muñoz Cabrera, 2011, pág. 10), en este sentido, necesario es para el defensor/a el empoderamiento de este enfoque interseccional como otra herramienta más de análisis, a través de la cual se descubrirán múltiples discriminaciones y vulnerabilidades, inclusive de corte estructural (pobreza, racismo, exclusión, etc.), que convierten al sujeto en vulnerable del sistema penal, por lo que no se descarta invocar alguna de ellas como defensa.

Como un ejemplo y a su vez meritorio es el caso de Costa Rica, al haber tomado en consideración ciertas vulnerabilidades como lo es la pobreza o personas de la tercera edad, circunstancias que atenúan la pena, plasmadas en el delito de introducción de drogas a centros penitenciarios, contenido en la adición del artículo 77Bis, de la reforma que realizó en el año 2013, a la Ley No 8204, ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo de fecha del 26 de diciembre del año 2001, el cual quedo así: “Artículo 77bis. La pena prevista en el artículo anterior será de tres a ocho años de prisión, cuando una mujer sea autora o participe en la introducción en establecimientos penitenciarios de sustancias tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y cumpla una o varias de las siguientes condiciones:

a) Se encuentre en condición de pobreza

- b) Sea jefa de hogar en condición de vulnerabilidad
- c) Tenga bajo su cargo personas menores de edad, adultas mayores o personas con cualquier tipo de discapacidad que amerite la dependencia de la persona que la tiene a su cargo.
- d) Sea una persona adulta mayor en condiciones de vulnerabilidad.

En caso de que se determine alguna de las condiciones anteriores, el juez competente o el juez de ejecución de la pena podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta, en modalidad de detención domiciliaria, libertad asistida, centros de confianza, libertad restringida con dispositivos electrónicos no estigmatizantes o cualquier tipo de medida alternativa a la prisión”. Es fácil deducir de este precepto que los enfoques de género y el de la Interseccionalidad se tomaron en cuenta por los legisladores e influyeron en el actuar de la mujer condenada por este delito, cuyo resultado es atenuar la pena, inclusive, podrá recobrar su libertad a través de ciertos sustitutos penales.

Acuña, pues, desde este estrado académico, utilizar estos conceptos por parte de la defensa y que hagan suyo los mismos refiriéndose de ahora en adelante a una “Litigación estratégica-holística-interseccional”, cuya riqueza conceptual implica en arribar a un nivel superior de abstracción intelectual, es una triada de logicidad y no una simple suma de conceptos, sino que es una verdadera herramienta metodológica- analítica de aplicación a lo interno de la teoría del caso.

Enfoques para una estrategia de defensa integral

| EBDH | Enfoque holístico | Enfoque interseccional |
|---|--|---|
| <ul style="list-style-type: none">- Empoderamiento de estándares internacionales en derechos humanos temáticos.- Control de Convencionalidad | <ul style="list-style-type: none">- Análisis del “todo” y sus elementos, sustantivos y procesales, del caso concreto.- Sinergia | <ul style="list-style-type: none">- Estudio de múltiples identidades, simultáneas, del procesado/da, que lo convierten en vulnerable ante el sistema penal. |

Elaboración del autor.

Esta ruta analítica, desemboca en el análisis de un enfoque novedoso, que tiene íntima relación con los anteriores enfoques, creación de Zaffaroni, teoría denominado de “La culpabilidad por vulnerabilidad”, el cual toma como premisa principal el hecho de que los países de América Latina, denominados países emergentes, se caracterizan por la creciente polarización producto de la acumulación de capitales por un reducido segmento de la sociedad, en tanto que la mayoría de la población se encuentra en un estado de pobreza, con pocas o nulas oportunidades de superación. “Esta tragedia resume lo que muchas personas me han dicho durante esta visita: que hay dos realidades en Guatemala. Para una pequeña minoría, Guatemala es un país moderno y funcional donde se concentra el poder económico

y político; para el resto de la población, en particular, para las mujeres, los pueblos indígenas, afrodescendientes, migrantes y personas con discapacidad es un país donde han enfrentado toda una vida de discriminación, marginación y los efectos perniciosos de la corrupción e impunidad”. (Declaración del Alto Comisionado de la ONU, de la Oficina del Alto Comisionado, consulta electrónica del 20/11/2017, 13:00 horas), a su vez esta dicotomía social se agrava por la criminalización secundaria, basada en estereotipos criminales, formados en el imaginario de policías, de fiscales o jueces penales, incluso por la propia ciudadanía, apoyados en la herramienta perfecta que es el poder penal selectivo.

Este enfoque de la culpabilidad por vulnerabilidad es bidimensional, ya que hace una diferencia entre estado de vulnerabilidad y situación de vulnerabilidad, como dos escenarios, uno en abstracto y otro en concreto, pero ambos son parte de un todo.

El primer escenario es un “estado de vulnerabilidad”, en el cual se encuentra la gran mayoría del segmento societario, como un hecho notorio, es decir, ya viven en esa vulnerabilidad estructural, verbigracia, el de pobreza, en zonas marginales o cinturones de miseria, y sin oportunidades de superación lo cual está en consonancia con lo que preceptúan las Cien Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la justicia en personas en condiciones de vulnerabilidad, al establecer en el numeral 4, que: “Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o

a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad”. En la misma línea se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al indicar que: “A lo largo de su función contenciosa y consultiva, la Corte Interamericana ha tenido la oportunidad de identificar distintos grupos sociales vulnerables respecto de los cuales exige la adopción de medidas especiales de protección y asistencia, como, por ejemplo, las comunidades indígenas, las mujeres, los migrantes, los niños y las personas con discapacidad. (Caso Sebastian Claus Furlan y Familia Vrs. Argentina, 2006, Pág. 31), en tal sentido este Tribunal internacional exige mayor tutela a estos segmentos vulnerables y no su criminalización.

En cuanto al otro escenario, es encontrarse en una “situación de vulnerabilidad”, concreta, que surge desde que la justicia penal capta a la persona, “Así los factores de vulnerabilidad pueden clasificarse en dos grupos: posición o estado de vulnerabilidad y el esfuerzo personal por la vulnerabilidad. Lo primero es predominantemente social y lo segundo es individual, uno consiste en el peligro o riesgo que la persona corre por pertenecer a una clase, grupo o estrato social, y el otro se refiere al grado de peligro o riesgo en que la persona se coloca en razón de su comportamiento particular”. (Vásquez González, 2004, pág. 460), entonces la culpabilidad por Vulnerabilidad, es el hecho de que el sujeto, pertenece al segmento de los vulnerables, que de por sí ya es una desventaja y sabiendas de ese estado, él se coloca en una posición o situación para ser seleccionado por el poder penal, con absoluta arbitrariedad en su

selección, “Esa relación del sujeto con la selectividad del sistema es la vulnerabilidad”. (Vázquez Gonzales, Ob. Cit., pág. 460), por ello necesario es evaluar la legitimidad de la pena de castigar al vulnerable, tal como lo hace la postura agnóstica que no acepta la legitimidad de la pena por considerarla como un mero acto de poder, entonces a través de la pena se está nuevamente vulnerando al vulnerado. Por estas razones la culpabilidad lo que realmente mide es la situación de vulnerabilidad de cada persona, incluso no se descarta un atenuante o una sentencia absolutoria.

Este enfoque postula que los más vulnerables deben realizar un esfuerzo extremo para no ser seleccionados por el poder penal, por estar visibilizados, en tanto que los menos vulnerables no, por estar invisibilizados, pues gozan de privilegios para permanecer en la zona gris de la impunidad, tal es el caso de aquellos que cometen delitos de cuello blanco, que tienen a su favor el poder económico y político, y si remotamente fueran procesados penalmente el reproche penal no debiera cuestionar la vulnerabilidad por no existir la misma, debido a su *status quo* socio-económico.

En consonancia con lo anteriormente expuesto, interesante resulta el caso presentado por “El Ministerio de la Defensa Pública, de la Provincia del Chubut, Argentina, que estudió el fallo dictado por el Tribunal de Río de la Plata, al utilizar por primera vez esta tesis de la Culpabilidad por Vulnerabilidad, en la sentencia de condena a siete años de prisión impuesta al joven Carlos Gabriel Ronco, acusado de robar con arma de fuego en una pizzería, aplicando

esta teoría en un agravante (esta es la polémica), en cuyo fallo razonaron los jueces que no existe vulnerabilidad, debido a las condiciones del procesado de orden laboral, social y cultural, pues proviene de un grupo familiar organizado, estable, con sólidos lazos afectivos y adecuado roles parentales, que han formado un núcleo familiar, conviviendo en el hogar paterno y que trabaja como mecánico en el taller de su progenitor. En este fallo se usó la Culpabilidad por vulnerabilidad, en sentido inverso, en un agravante, al negar que el acusado sea un vulnerable, es decir, que existió escasa vulnerabilidad. Seguidamente y citando la obra de Zaffaroni, los jueces argumentaron que “adquiere así un mayor grado de reproche penal su conducta a la luz del superior esfuerzo en su decisión por delinquir. Sin embargo, la decisión de los jueces Guillermo Labombarda, Samuel Saraví Paz y Patricia De la Serna, que citaron expresamente el nuevo tratado de Zaffaroni, Derecho Penal, parte general, ha generado ya polémicas respecto de si se realizó una aplicación correcta de la teoría”. (Polémica Aplicación de la Culpabilidad por Vulnerabilidad. Ajeno al tema controversial de la resolución, se rescata de la misma que si el autor de un delito tiene un estatus socio-económico privilegiado o excelente, no es considerado por el poder penal como vulnerable.

Se finaliza como corolario de este enfoque el hecho de que se trata de una redefinición del contenido de la categoría de la “culpabilidad tradicional”, pues esta novedosa teoría asevera que el juicio de reproche se centra en la criminalización secundaria que realiza el poder penal sobre el sujeto vulnerable, por lo que se

insta a los defensores y defensoras, a explotar este enfoque en favor de los usuarios del Instituto de la Defensa Pública Penal, no en todos los casos pues no se puede generalizar su aplicabilidad, pero en algunos si es factible, pues lo que se está castigando son vulnerabilidades y lo paradójico es que el Estado es el responsable de no erradicar las causas que las originan, sin embargo el ente político es el primero en castigar lo que él provoca.

A continuación, se presenta un caso concreto, para ilustrar la aplicabilidad del Enfoque de la Culpabilidad por vulnerabilidad, conjugado con los otros enfoques, que se infieren del mismo, con el fin de elaborar la estrategia de defensa integral e idónea, advirtiendo que el criterio técnico-legal esbozado podría quedar superado por otros enfoques que los respetables defensores apliquen.

En el proceso número 485-2011, tramitado por el juez unipersonal del Tribunal de Sentencia penal, del departamento de Totonicapán, el Fiscal, acuso a María...de que llegó el 30 de noviembre del 2010, al centro de Convergencia, en aldea Chuculjuyup, con su niña de once meses de edad, que padecía de neumonía grave, tal como lo diagnosticó el pediatra de turno, sin embargo ella afirmo que iba por un jarabe, pues pensó que tenía lombrices, se le indicó que debía llevarla al hospital nacional de ese departamento, y ella manifestó que no podía dejarla por no contar con recursos económicos, no obstante se le explicó que allí no gastaría nada, pero ella no acepto por desconfianza y decidió llevarla a su casa para atenderla allí, y llevarla con la comadrona. El 2 de diciembre falleció en su residencia, por lo que el Ministerio Público le imputo el delito de homicidio preterintencional, artículo 126 del código penal.

Caso presentado en el Diplomado de los Pueblos Indígenas IDPP

Análisis del caso:

- a) En principio el delito preterintencional, implica la existencia de una intención o dolo de causar determinado daño mínimo, leve, por parte del sujeto activo, pero el resultado es grave; es una falta de previsión de esa consecuencia por negligencia, impericia o imprudencia, por lo tanto, el desenlace de la intención es de naturaleza culposa. Este delito está tipificado en el artículo 126 del código penal (CP), el cual preceptúa que: “Homicidio preterintencional. Quien cometiere homicidio preterintencional, será sancionado con prisión de dos a diez años”;
- b) De los hechos imputados, se descarta categóricamente que la imputada haya tenido el “*animus necandi*” de dar muerte a su hija, pues en su creencia de madre, ella decide, darle tratamiento ambulatorio en cuanto a la enfermedad en su residencia, incluso, con ayuda de una comadrona, por lo que la acción no encuadra en la relación de causalidad, artículo 10 de la ley sustantiva y existe ausencia de dolo, de conformidad con el artículo 11 del código penal;
- c) La intervención del médico en el centro asistencial, se limitó a diagnosticar neumonía grave sin darle tratamiento alguno, y por idiosincrasia de la mujer indígena, impero más la desconfianza de ir al hospital nacional, por el temor a que le robarán por ejemplo a la bebé;
- d) Las vulnerabilidades interseccionales, que se infieren del caso, es el hecho de que está internalizada una cultura propia de la comunidad en la que habita la acusada, de escasos recursos,

del área rural, que se aferró a sus convicciones de salvar la vida de su hija, con medicina alternativa y de pedir el auxilio a una comadrona, por lo que no se le puede exigir una sabiduría más allá de la cotidiana en su escaso imaginario. Repárese que un doctor tiene la capacidad de prever la evolución de una enfermedad y sus complicaciones, nivel cognitivo que no se puede comparar con el de la ama de casa y madre soltera, cuya intención fue la de curar a su hija, por sus medios;

- e) Un dato relevante, que desencadenó en la muerte de la niña, fue el hecho de que los doctores debían haber auxiliado a la imputada, con pedir ambulancia u otro medio de transporte, para trasladar con carácter de emergencia a la pequeña paciente, al hospital nacional, circunstancia que no se dio pesa a la gravedad de la niña, lo que justifica, que la madre se llevara a la bebé a la casa y darle tratamiento allí;
- f) Entonces se puede afirmar categóricamente que el Estado de Guatemala violó los siguientes derechos humanos de la niña, que provocó el desenlace fatal: a) incumplió los artículos 2 y 93 de la Constitución política de la república de Guatemala, pues el estado debió garantizar la vida de la bebé y su derecho humano a la salud, obligaciones que incumplió al no prestar la atención medida con diligencia a la niña enferma; b) no observó los artículos 19 y 24. b) de la Convención sobre los Derechos del niño, pues existió un trato negligente, del personal médico, en la asistencia médica; c) vulneró el artículo 19 de la Convención

Americana de Derechos Humanos sobre los derechos de la niña, pues no tomo las medidas de protección, en materia de salud; d) inobservó los artículos 4 y 28, de la Ley de protección integral de la niñez y adolescencia, al no brindar la atención médica y no prestar auxilio para el traslado de la paciente al hospital respectivo, a sabiendas del cuadro clínico grave;

- g) Otro razonamiento aplicable al caso, es que la madre, por su condición de género, fue discriminada por el sector salud, puntualmente, por el pediatra de turno, conducta que está prohibido por los artículos 1 y 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -CEDAW- por lo que ella, también fue víctima pero de marginación, lo que es condenable y debiera generar serias responsabilidades, administrativas y de carácter penal, al incurrir en el delito de discriminación contemplado en el artículo 202bis, del Código Penal;
- h) Por lo que se concluye que el Estado de Guatemala tiene responsabilidad en el fallecimiento de la niña, por falta de atención médica oportuna y a sabiendas de esa irresponsabilidad estatal, pretende a través del poder penal culpar a la madre de la muerte de la niña, esa es una culpabilidad por vulnerabilidad clara, en todo caso, es el Estado el responsable de crear esas vulnerabilidades estructurales (pobreza, discriminación y marginación) por falta de políticas públicas basadas en los EBDH, entonces ¿por qué castigar al vulnerable si el Estado propicio las condiciones?

- i) Procesalmente, medios de prueba que comprueben lo anteriormente afirmado, existen, como sería el libro de registros de atención médica a la niña, la declaración testimonial de la comadrona, la declaración de la víctima (madre de la bebé), acta de necropsia, estudio socio-económico de la madre y atendiendo a la etapa respectiva, se puede pedir la falta de mérito, de conformidad con el artículo 272; el sobreseimiento de conformidad con el artículo 325, por no existir fundamento para promover juicio en contra la imputada y en su caso, pedir sentencia absolutoria, por los argumentos expuestos anteriormente, inclusive, ya existe una pena natural, que pesa sobre la madre como lo es la muerte de su hija, debiendo pedir que el Ministerio Público procese al cuerpo médico de aquel centro asistencia.

Finalmente, el presente artículo, admite argumentos contrarios, sin embargo, se considera muy valiosa pues invita a explorar nuevas tendencias en favor de los usuarios/as del IDPP, por lo que se espera que sea de utilidad esta visión, de la Culpabilidad por vulnerabilidad, para que se medite por parte de las y los Defensores Públicos, y no descartar su aplicación al caso concreto.

Referencias Bibliográficas

- Alza Barco, Carlos. El Enfoque Basado en Derechos Humanos, ¿Qué es y cómo se aplica a las políticas públicas?, Carlos Alza Barco, Pontificia Universidad Católica del Perú. 2006.
- Caso Sebastian Claus Furlan y Familia, versus Argentina, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, de fecha 2006.
- Control de Convencionalidad, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No 7, San José, Costa Rica, 2015.

Declaración del Alto Comisionado de la ONU, para los Derechos Humanos, Zeid Ra'ad Al Hussein, al concluir la misión a Guatemala. Consulta electrónica del 20/11/2017, 13:00 horas. URL: <https://reliefweb.int/report/guatemala/declaracion-del-alto-comisionado-de-la-onu-para-los-derechos-humanos-zeid-ra-ad-al>

- Guía Regional para la Defensa Pública y la Protección Integral de las personas Privadas de Libertad, AIDEF, Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, Madrid, España, 2013.
- Ministerio de la Defensa pública, Provincia de Chubut, Argentina, URL: www.defensachuicut.gob.arg.

- Muñoz Cabrera, Patricia, Violencias Interseccionales, Tegucigalpa, Honduras, 2011.
- Vázquez Gonzales, Magaly, Ciencias Penales: Temas Actuales, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela, 2004.

La inclusión del pluralismo jurídico en Guatemala

M.A. Samuel Villalta Aguilar

El presente artículo relaciona el pluralismo jurídico con el sistema jurídico indígena en Guatemala, como una forma de solucionar los conflictos que surgen en las comunidades indígenas, cuyo objetivo es alcanzar la paz social y la armonía; y que el Estado de Guatemala, reconozca expresamente el derecho indígena mediante la reforma del artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, lo que se fundamenta a través del derecho constitucional comparado de países latinoamericanos con población indígena, donde la existencia y funcionamiento del pluralismo jurídico es un fenómeno social viviente.

El Monismo jurídico

El monismo jurídico, según Sánchez Castañeda “presupone que un sistema jurídico existe cuando las normas jurídicas son un producto exclusivo del Estado. Todas aquellas normas que están fuera del Derecho estatal no pueden ser consideradas como derecho.” Por lo que este sistema excluye la posibilidad de que pueda existir otro sistema dentro del monismo jurídico.

El Sistema Jurídico oficial

Según sistematización de casos mediados pedagógicamente, al sistema de derecho oficial además de positivo y vigente, también se le conoce como derecho occidental. En virtud que tiene su origen en el derecho romano, sistema que aplican la mayoría de países europeos (2009).

En apariencia el Estado guatemalteco tiene un sistema jurídico monista, que constitucionalmente es el Sistema jurídico oficial, el cual está conformado por normas constitucionales, elaboradas por la Asamblea Nacional Constituyente; normas ordinarias que son el producto del quehacer del Organismo Legislativo; pero también el sistema comprende las normas reglamentarias e individualizadas, pero todas ellas son de carácter estatal.

El sistema jurídico oficial clasifica las normas jurídicas –sistemática jurídica-, ubicándolas en el Derecho público o el Derecho privado, de donde surgen las diferentes ramas del derecho, como son: Derecho penal, Derecho civil, Derecho mercantil y Derecho notarial, entre otras ramas que a su vez codifica, para ser aplicadas por los diferentes órganos jurisdiccionales estatales.

Aspectos negativos del sistema jurídico oficial

Como aspectos negativos desde la perspectiva del proceso penal, existen los siguientes: que es lento; está plagado de rigorismos jurídicos que lo tornan complejo e incierto; en muchos casos impone prisión preventiva -cárcel- a infractores de la ley; cauciones

económicas muy elevadas; genera antecedentes policiacos y penales; impone multas y elevadas penas de prisión; existe mora judicial, hacinamiento en las cárceles y además está impregnado de corrupción.

Diversidad cultural

El Estado de Guatemala está conformado por diferentes culturas e idiomas, por lo que es pluricultural, multiétnico y multilingüe, prueba de ello es que la Constitución Política de la República, emitida por la Asamblea Nacional Constituyente en 1985, regula que “Guatemala está conformada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya.”

También encontramos la pluriculturalidad en la ley del servicio público de defensa penal, Decreto No. 129-97 del Congreso de la República de Guatemala, cuando cita la eficacia con que debe actuar el Instituto de la Defensa Pública Penal, en el ejercicio de la defensa, en el artículo 2.3, que: “En su función reconocerá el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe de la población guatemalteca.” Lo que conlleva el reconocimiento legal de la pluriculturalidad, de los diversos grupos étnicos y por ende el país es multilingüe.

Por lo que la diversidad cultural en el Estado de Guatemala se manifiesta a través de los diferentes grupos étnicos que conforman la población guatemalteca.

El pluralismo jurídico

Según Gutiérrez Galvis, Flye Vergel, & Castellanos Mantilla, (2012), Pluralismo jurídico, es un análisis desde la cultura jurídica histórica contemporánea en la indigenidad colombiana, publicado en la Revista de semilleros de investigación cultura investigativa, citando a:

“Boaventura de Sousa Santos afirma que es la “[...] coexistencia dentro de un mismo territorio geopolítico, de un ordenamiento jurídico estatal moderno, occidentalizado, oficial, con una pluralidad de ordenamientos jurídicos locales, tradicionales o recientemente desarrollados, no oficiales, de raigambre comunitaria”. (1999: 132)”

Por lo que el Pluralismo jurídico se entiende como la coexistencia dentro de un ámbito territorial y político de un ordenamiento occidental con una pluralidad de sistemas jurídicos modernamente desarrollados donde el derecho comunitario es reconocido.

Impulsores del pluralismo jurídico y reforma constitucional guatemalteca

Entre las entidades que promueven la inclusión del Pluralismo jurídico en Guatemala, se puede mencionar: el Ministerio Público, la Procuraduría de los Derechos Humanos, la Comisión Internacional

contra la Impunidad en Guatemala –CICIG-, los pueblos indígenas y la Oficina del alto comisionado para los Derechos Humanos.

Los entes citados tienen interés en que el Pluralismo jurídico sea incluido en la Constitución Política de la República de Guatemala, lo que coadyuvaría a la paz social en las citadas comunidades indígenas; y a que el sistema de justicia oficial concentre esfuerzos en otras de sus funciones legales.

Beneficios del pluralismo jurídico para Guatemala.

Con la apertura del Pluralismo jurídico y aplicación de la justicia indígena a los conflictos que surgen entre los habitantes de las comunidades indígenas, la administración de justicia estatal sale favorecida, ya que esos casos no serían conocidos por el sistema de justicia oficial.

Lo que traería como consecuencia el ahorro de todo tipo de recursos, como son: personal administrativo y penitenciario, alimentación y transporte de reclusos indígenas, se evitaría la estigmatización de los indígenas, a través de antecedentes policíacos y penales; y también coadyuvaría en parte al descongestionamiento del sistema oficial de justicia, evitando formación de expedientes judiciales, y la corrupción que tanto daño le hace a la administración de justicia.

Instrumentos internacionales de derechos humanos

Entre los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que reconocen y protegen los derechos de las personas indígenas, se encuentran la Declaración universal de derechos humanos, que es la principal declaración de derechos humanos a nivel internacional, signada en Paris, en 1948, surgida a consecuencia de la violación de derechos humanos durante la Segunda Guerra Mundial, que en el artículo 2, declara, que no debe existir discriminación por razones de raza, color de piel, situación económica, social y/o cultural.

La declaración de los derechos de los pueblos indígenas de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que reconoce la existencia y los derechos de los pueblos indígenas y exhorta a los Estados a reconocerlos, respetarlos y no violarlos.

No obstante que las declaraciones citadas no tienen carácter de convenciones internacionales de derechos humanos, debido a que no son firmadas y ratificadas como un compromiso estatal a nivel internacional, algunas naciones les reconocen fuerza vinculante, como en el caso de la Declaración universal de derechos humanos. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y Tribales, reconoce en el artículo 8.1: “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.”; y en el 8.2, que “Dichos pueblos deberán tener derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos

fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos...”

Resulta obvio el reconocimiento que hacen los citados instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, de los derechos de los pueblos indígenas, por lo que es imperativo que el Estado de Guatemala los reconozca constitucionalmente, ya que ello constituye el verdadero respeto a los derechos humanos por el Estado, lo que forma parte del *Ius Cogen* y del Principio *Pacta Sunt Servanda*.

El derecho comparado y la justicia indígena

Es importante citar el derecho constitucional comparado, desde la perspectiva de los Estados sudamericanos, que han incluido el Pluralismo jurídico en sus constituciones políticas, entre ellas: Colombia, Perú, Venezuela, Bolivia y México en Norte América, reconociendo así a los sistemas jurídicos indígenas y otorgándoles la facultad de impartir justicia en sus comunidades indígenas.

Desde la perspectiva colombiana el artículo 246 de la Constitución Política de la República de Colombia de 1991, actualizada hasta 2015, regula que:

“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes

de la república de Colombia. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”

Queda claro que la admisión e inclusión del Pluralismo jurídico en la Constitución Política de la República de Colombia, es un ejemplo de reconocimiento al sistema jurídico indígena y a la democracia.

El Congreso Constituyente Democrático de la República de Perú, ha incluido el Pluralismo jurídico en el artículo 149 de la Constitución Política de la República de Perú de 1993, de la manera siguiente:

“Las autoridades de las Comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las Rondas campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los juzgados de paz y con las demás instancias del poder judicial.”

La Asamblea Nacional Constituyente, incluyó en la Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, el artículo 260, referente al Pluralismo jurídico de la manera siguiente:

“Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”

La Constitución Política del Estado de Bolivia del 7 de febrero de 2009, emitida por la Asamblea nacional boliviana, regula la jurisdicción indígena originaria campesina, de la forma siguiente:

Artículo 190

- Las naciones y pueblos indígena originarios y campesina ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.
- La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.

Por otra parte, según Elementos y técnicas del pluralismo jurídico, 2012, el artículo 2º de la Constitución mexicana, en su reforma constitucional incluye el Pluralismo jurídico de la manera siguiente:

“La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. [...] el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional (2012).”

“Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para, entre otras cosas: decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural y aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los DDHH y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres.”

Por lo que a nivel latinoamericano las constituciones políticas de los citados países, son claros ejemplos de la aceptación e inclusión del pluralismo jurídico, lo que significa la inclusión del derecho indígena, reconociendo a las poblaciones indígenas y a sus autoridades, la potestad de juzgar y resolver los conflictos que se generan en sus comunidades entre indígenas.

Sistema jurídico indígena

Se puede hablar válidamente de sistema o sistemas jurídicos indígenas, ya que existen en la realidad y a través de sus autoridades resuelven conflictos en sus comunidades. Según la sistematización de casos mediados pedagógicamente del Instituto de la Defensa Pública Penal, (2009), se considera que el sistema jurídico indígena: “Es un sistema jurídico porque contiene un conjunto de normas vinculadas lógicamente entre sí que surgen de la necesidad de establecer un orden social y de regular la conducta humana en el marco de las relaciones sociales.”

También se afirma que es un sistema jurídico indígena porque: “es el conjunto de la visión del mundo que tiene un pueblo o varios pueblos de la humanidad, su manera de vivir, hacer su vida y su forma y manera de regular normativamente su existencia” (Aráos Velasco, 1996).

Algunos aspectos peyorativamente considerados negativos del Sistema jurídico indígena

Se reprocha al Sistema jurídico indígena que en algunos casos propina azotes públicamente a las personas que infringen las reglas de la comunidad, y que también aplican el linchamiento.

Con relación a los azotes, si bien es cierto que en algunos casos se aplican, no es en forma exagerada, como algunos detractores pretenden hacerlo creer; y además tienen su razón de ser según la Asociación Maya Uk'ú'xB'e:

El Xik'a'y es un correctivo y puede traducirse al español como varejón; es el instrumento que se utiliza para corregir a las personas que han causado un conflicto. El Xik'a'y son las ramas de árboles: membrillo, durazno, chilca, entre otros, que sirve para la recuperación de la vergüenza y tiene el poder de levantar la energía positiva para no incurrir en faltas.

El Xik'a'y tiene sus raíces en los valores comunitarios por eso no es visto como un castigo sino como una sanción moral que busca recuperar el equilibrio y la armonía entre las personas implicadas en el conflicto. Los Xik'a'y

aplicados por las comunidades pueden parecer muy duros ante otras culturas; pero se ha comprobado que el Xik'á'y hace reaccionar positivamente a las personas que han perdido su sentido de colectividad y con ellos la pérdida de la vergüenza.

Referente a linchamientos no forman parte de la solución de conflictos, que resuelven las autoridades indígenas, aunque se dice que en algunos momentos fue una reacción desesperada, que realizaron algunas comunidades indígenas -no autoridades-, por falta de justicia oficial pronta y cumplida. Pero se debe tomar en consideración que los linchamientos no son una práctica exclusiva de las comunidades indígenas, ya que no se encuentran entre las sanciones que históricamente ha impuesto, el derecho indígena a los infractores del mismo.

El derecho indígena es conciliador, eminentemente reparador y privilegia la vida, según se aprecia, en el hecho sucedido entre marzo y junio de 2003, en el altiplano de Guatemala, en Cantón Chiyax departamento de Totonicapán, donde se evitó un linchamiento y se resolvió conforme al sistema jurídico indígena, caso documentado por Padilla, 2005:

El 1 de marzo del 2003 se produjo la captura de tres indígenas sospechosos de intentar robar en una casa.

La primera reacción de la comunidad fue lincharlos. Los tres sospechosos fueron golpeados y obligados a caminar en paños menores por la comunidad. Cuando algunas personas ya traían gasolina para quemarlos, la intervención oportuna del alcalde comunitario y otros miembros de la comunidad, particularmente mujeres, impidió el linchamiento, logrando detener a la turba con base en el imperativo moral que prohíbe matar seres humanos.

Lo que ocurrió en Chiyax es un claro ejemplo de esta manifestación. [Es una expresión viva del sistema jurídico indígena] Del linchamiento la comunidad pasó, gracias a la apertura de las autoridades judiciales y a la lectura que hicieron del Convenio 169, para beneficio de todos, a asumir y ejercer el derecho que tiene, desde el punto de vista legal y político, de expresar formas de vida, costumbres, tradiciones y formas de organización social, como pueblos diferenciados que son, y a quienes las leyes han reconocido su status particular.

Sirva el presente caso de ilustración de la justicia maya aplicada en coordinación con derecho oficial. Es de tomar en consideración la

Columna “Sociedad de plumas” publicada en el Diario el Periódico, domingo 12 de febrero de 2017, con el título “Reforma constitucional de pluralismo jurídico y Delitos transnacionales: Otra ruta a la Impunidad” donde el autor Andrade Aycinena, refiere que:

“Guatemala tiene, por convenciones internacionales, la obligación de perseguir el cultivo de drogas, la corrupción, el narcotráfico, el lavado de dinero y de otros activos, así como actividades vinculadas con la trata de personas, el coyotaje, el terrorismo y su financiamiento, y otras figuras.”

En la publicación el autor Andrade Aycinena, cita que:

“La experiencia en otros países de América con relación a la aplicación del Pluralismo jurídico muestra efectos negativos con relación a estas obligaciones. En Bolivia, a partir de 2009, el área de cultivo de Coca y la actividad ilegal crecieron significativamente, y el Gobierno pretende incrementar el área de cultivo legal a más de 200 kilómetros cuadrados.”

Es de hacer notar que la comparación se encuentra muy alejada de la realidad nacional, ya que Guatemala no se dedica al cultivo de la hoja de coca, y que la justicia indígena sólo resuelve delitos menores cometidos por indígenas dentro de sus comunidades, que

los delitos de impacto como podrían ser “Delitos Transnacionales” los deja a la jurisdicción oficial.

Casos defendidos con pertinencia cultural por el Instituto de la Defensa Pública Penal

A continuación, se comentan algunos problemas –casos- resueltos por el Sistema jurídico indígena a través de sus autoridades, pero también defendidos con pertinencia cultural, contenidos en la recopilación de la Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia (2016), siendo los siguientes:

1. Caso de autoridades indígenas de Río Salado, Livingston, Izabal, que también fue conocido como proceso No. 39-2011 Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Izabal.

Sucedió cuando el sindicato Víctor Pop Ché, se dirigía a sus labores agrícolas en compañía de familiares y personas de la comunidad, en el camino vieron una piara de cerdos salvajes, por lo que –Víctor Pop Ché- pidió a su padre el rifle de fabricación casera, para cazar alguno de los cerdos, desconociendo que su tío Juan Pop Chub se encontraba entre los arbustos, al ver movimiento disparó en la creencia que eran los cerdos salvajes, resultando la muerte de su tío. Acto que puso en conocimiento de la población, ya que en ningún momento pretendió huir.

Los pobladores –las autoridades- decidieron juzgar el caso tomando en consideración, que había puesto el hecho en conocimiento de las autoridades de la comunidad; que la muerte del señor Juan Pop Chub había sido un accidente; y que no se había dado a la fuga.

Por lo que realizaron un juicio público, donde le fue aplicada una pena consistente en trabajar dos manzanas de tierra para cosechar maíz, frijol y otros productos agrícolas para alimentar a la familia de su tío, trabajo que debía cumplir hasta que el menor de los hijos de su tío cumpla 18 años de edad.

Posteriormente el caso fue conocido por el Sistema jurídico oficial, donde se ejerció la Defensa con pertinencia cultural a cargo del Instituto de la Defensa Pública Penal, y se presentó un Peritaje cultural, para dar a conocer al juzgador las costumbres de la comunidad indígena a que pertenece el sindicato, y que el conflicto había sido resuelto por las Autoridades indígenas de conformidad con el Sistema jurídico indígena de la comunidad.

El Ministerio Público presentó acusación por el delito de Homicidio culposo y antes de la apertura del debate solicitaron un criterio de oportunidad, mismo que le fue otorgado al sindicato sin imponer ninguna regla de abstención.

2. Caso que fue conocido por la Autoridad Indígena de Poxlajuj, Totonicapán: posteriormente conocido mediante

denuncia, Expediente No. 160-2008 Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Totonicapán, ulteriormente sujeto a impugnación mediante Casación No. 01004-2012-01524 de la Corte Suprema de Justicia.

Después de ser conocido el caso por las autoridades indígenas, el señor Lorenzo José Gutiérrez Barreno, compareció como agraviado ante el Sistema jurídico oficial, acusando al señor Francisco Rubén Puac Baquix Alcalde de la población de haberle cortado el agua potable.

Por lo que el caso fue conocido por el Tribunal de sentencia de Totonicapán -arriba citado-, que lo condenó por el delito de Coacción, fallo que fue recurrido en Apelación especial y luego en Casación ante la Cámara penal de la Corte Suprema de Justicia, que reconoció: que las autoridades indígenas llevaron a cabo un procedimiento, para imponer la sanción dentro del derecho indígena, y donde el señor Lorenzo José Gutiérrez Barreno fue citado negándose a comparecer.

Es de hacer mención que la Cámara penal tomó en consideración el Peritaje cultural presentado por la Defensa Pública del sindicato, por medio del cual se determinó la organización social de la comunidad indígena a la que pertenece el sindicato, quien es el Alcalde comunitario, y reconocieron como válidos los procedimientos para resolver el conflicto.

Por lo que la Cámara penal estableció que el hecho no es constitutivo de delito y en consecuencia absolvió al sindicado; y también tomó en consideración el artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el Bloque de Constitucionalidad.

3. Caso con enfoque de género donde aparece como sindicada la señora María Lucía Castellanos Atz, conocido como expediente No. 04003-2013-00707 del Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Departamento de Chimaltenango.

En el presente caso el Ministerio Público acusó a la señora María Lucía del delito de Siembra y Cultivo.

Por lo que la Defensa Pública Penal presentó un peritaje cultural con enfoque de género, donde demostró al juzgador que la sindicada es mujer indígena, que ayuda a su esposo en su hogar, quien ejerce autoridad, ya que, en el caso de la mujer, ella hace el trabajo que dispone el esposo.

La señora María Lucía Castellanos Atz, siempre eludió las investigaciones del Ministerio Público, ya que la dependencia del esposo la sujeta a las condiciones impuestas, por lo que su conducta fue encuadrada en el tipo delictivo de “Encubrimiento personal”, en vista que esa sumisión la hace obediente a las órdenes y por lo tanto no puede encuadrarse en la figura de “Siembra y cultivo.”

Reforma al Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala

Por las razones argumentadas en párrafos anteriores, es pertinente adicionarle al artículo 203 constitucional, la jurisdicción de los pueblos indígenas, propuesto por los Organismos: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, párrafo que queda de la manera siguiente:

“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales de conformidad con sus propias normas, procedimientos, usos y costumbres siempre que no sean contrarios a los derechos consagrados en la Constitución y a los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Para este efecto deberán desarrollarse las coordinaciones necesarias entre el Sistema de Justicia Oficial y las autoridades indígenas.” (2016)

Los pueblos indígenas deben resolver sus propios conflictos

Las comunidades indígenas son las más indicadas, para resolver los conflictos que surgen entre sus pobladores, cuando sólo a los indígenas les afectan dichos conflictos, debido a que ellos conocen sus costumbres y aceptan sus resoluciones.

Por otra parte, es bien sabido que las poblaciones indígenas son pobres –de escasos recursos económicos- y la justicia indígena es muy económica, ya que no genera pago de abogados, ni de las autoridades indígenas que resuelven los problemas –casos- que les son sometidos, además es una justicia pronta y cumplida y los indígenas respetan la solución de los conflictos y por ende quedan conformes.

Por lo que el Estado de Guatemala debe reconocer constitucionalmente el pluralismo jurídico, para que en las comunidades indígenas apliquen sus sistemas jurídicos de conformidad con sus costumbres, sin ningún temor, ya que la Constitución también pone límites a la competencia de los sistemas jurídicos, como son; no violar los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, ni derechos humanos contenidos en Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado de Guatemala, de esa manera el Estado sólo estaría reconociendo en la Constitución una cuestión de hecho, como es la impartición de la justicia indígena, la cual constituye una práctica ancestral, que reconocen los Convenios Internacionales en materia de derechos humanos al regular que pueden aplicar sus prácticas ancestrales, siempre que no violen los derechos humanos.

A criterio del articulista los conflictos entre los indígenas no deben ser judicializados, es decir no se deben someter al sistema jurídico oficial, porque el sistema es desconocido para ellos, ya que en su

gran mayoría no hablan el idioma oficial de la ley y no comprenden los términos jurídicos.

Diferencias entre el sistema jurídico oficial y el sistema jurídico indígena

Desde la perspectiva procesal penal, los Sistemas Jurídicos son diferentes, porque el sistema jurídico oficial es escrito en su fase preparatoria y oral en la fase de juicio o debate. El sistema Jurídico Oficial en Guatemala está conformado por normas jurídicas emitidas por la Asamblea Nacional Constituyente y el Congreso de la República, además de normas reglamentarias e individualizadas. En tanto que el Sistema Jurídico Indígena es totalmente oral y basado en la costumbre, y las autoridades son indígenas de su comunidad, su sistema de nombramiento de autoridades es totalmente distinto a las del Sistema Oficial; y el Sistema Jurídico Indígena es eminentemente conciliador y reparador.

Por otra parte, un sistema jurídico no debe ser juzgado desde la perspectiva de otro sistema jurídico, ya que el Sistema Jurídico Oficial es totalmente distinto al Sistema Jurídico Indígena.

Referencias Bibliográficas

- Andrade Aycinena, I. (12 de 02 de 2017). Reforma Constitucional de Pluralismo Jurídico y Delitos Transnacionales: Otra Ruta a la Impunidad. *Diario El Periódico*, pág. 16.
- Asamblea Constituyente boliviana. (07 de 06 de 2017). *Constitución Política de Bolivia 7 de febrero de 2009*. Obtenido de http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf
- Asamblea Nacional Constituyente. (17 de 06 de 2017). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Obtenido de <http://www.mp.gob.ve/LEYES/constitucion/constitucion1.html>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*. Guatemala.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2015). *Constitución Política de la República de Colombia Actualizada*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015>.
- Asociación Maya Uk'uxB'e. (s.f.). *Sistema Jurídico Mayab' I parte*. Guatemala.
- Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia. (2016). *Aportes Institucionales que Promueven la Aplicación de los Derechos de los Pueblos Indígenas desde el Sector Justicia*. Guatemala: Serviprensa.

- Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia. (2014). *Convenios y Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos*. Guatemala: Ser-viprensa.
- Congreso Constituyente Democrático. (07 de 06 de 2017). *De Perú. com* . Obtenido de Constitución Política del Perú 1993: <http://www.deperu.com/abc/constituciones/235/constitucion-politica-del-peru-1993-actual>
- Congreso de la República de Guatemala. (1997). *Ley de Servicio Público de Defensa Penal*. Guatemala.
- Elementos y Técnicas del Pluralismo Jurídico. (2012). *Manual para operadores de justicia*. Guatemala.
- Gutiérrez Galvis, J. F., Flye Vergel, J. J., & Castellanos Mantilla, H. M. (01 de 06 de 2012). *Revista Semilleros de Investigación Cultural Investigativa*. Obtenido de <http://revistaci.blogspot.com/2012/08/pluralismo-juridico-un-analisis-desde.html>
- Instituto de la Defensa Pública Penal. (2009). *Sistematización de Casos Mediados Pedagógicamente con Pertinencia Cultural en el Derecho Oficial y en el Derecho Maya*. Guatemala.
- Martínez M., J. C., Ariza Santamaría, R., Valiente López, A., Padilla Rubiano, G., & Regalado, J. A. (2012). *Elementos y Técnicas del Pluralismo Jurídico*. Guatemala.

- Organismos Ejecutivo, Legislativo y Judicial. (2016). *Reformas a la Constitución Política de la República de Guatemala en Materia de Justicia*. Guatemala.
- Padilla, G. (2005). Pluralismo Jurídico y Paz en Guatemala . *IIDH Vol. 41*, 209-223. Obtenido de <http://docplayer.es/14903246-Pluralismo-juridico-y-paz-en-guatemala.html>
- Sánchez Castañeda, A. (07 de 06 de 2017). *Los Origenes del Pluralismo Jurídico*. Obtenido de Los Origenes del Pluralismo Jurídico: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1855/29.pdf>

Administración del tiempo

Dra. María Eugenia Sandoval M. de Paz

El desarrollo del texto que se expone, surge de la importancia de hacer conciencia de lo valioso que es el tiempo. Como bien sabemos la administración es un proceso muy particular que consiste en actividades de previsión, planeación, organización, ejecución, dirección y control desempeñadas para determinar y alcanzar los objetivos señalados. En este proceso intervienen seres humanos y otros recursos; técnicas, materiales y **el tiempo**". (Madrigal Torres, 2009)

En este pequeño aporte, se hace necesario resaltar la importancia que tiene para el desarrollo personal administrar el tiempo, la formación de todo defensor público gira alrededor de la administración del tiempo; por lo que se debe tener siempre presente que las personas de éxito son aquellas que cuidan su reputación haciendo buen uso del tiempo; se desea que después de leer este artículo usted apreciable lector lo aplique en los diferentes ambientes en que se desenvuelve.

Es necesario aprender a obtener el máximo provecho del tiempo, ¿por qué?, porque le ayudará a ser más productivo y a balancear mejor su vida y trabajo, a reconocer que el tiempo es un

recurso muy valioso y que se nos ha brindado para administrarlo adecuadamente.

Con el propósito de comprender la administración del tiempo, se aborda en el desarrollo del presente artículo, la importancia de la puntualidad, como un valor que todo defensor público debe fomentar.

El valor de la puntualidad es necesario para dotar su personalidad de carácter, orden y eficacia, pues al vivir este valor en plenitud usted está en condiciones de realizar más actividades, desempeñar mejor su trabajo, ser merecedor de confianza. La falta de puntualidad habla por sí misma pues, de ella, puede inferirse con facilidad la escasa o nula organización de su tiempo y la falta de planificación en sus actividades. Usted debe de demostrar respeto por el tiempo de los demás.

Definición de puntualidad

Puntualidad es una actitud humana considerada en muchas sociedades como la virtud de coordinarse cronológicamente para cumplir una tarea requerida o satisfacer una obligación antes o en un plazo anteriormente comprometido o hecho a otra persona. (RAE)

“La palabra puntualidad se deriva del vocablo punto, y éste a su vez proviene del latín “punctum” que significa “pequeña marca o instante”. Para poder hablar de puntualidad es necesario indicar que ésta se mide con el tiempo y éste a su vez con un instrumento

llamado reloj. La puntualidad es la capacidad o actitud que es característica de una persona responsable (en cuanto a tiempo se refiere) al momento de realizar una labor, la cual la desempeña en el tiempo que se ha planteado previamente” (Concepto Definición, s.f.).

Administrar el tiempo, “Es el arte de hacer que el tiempo sirva para beneficio de las personas y de las sociedades, ya que el tiempo no existe en sí, la administración del tiempo es la administración de sí mismo, el manejo adecuado de los recursos de todo orden, pues no hay una sola realidad que se sustraiga al tiempo. Administrar el tiempo es administrar la vida; malgastar el tiempo es malgastar la vida” (Rodríguez Estrada, 2012).

Es necesario aprender a manejar el tiempo, saber mantener un equilibrio entre trabajo, estudio y familia, esto hará que la vida resulte más placentera, libre de estrés. saber determinar lo que realmente es importante y urgente, todo aquello que tenemos que trabajar contra reloj, luego analizar lo que no es importante y urgente como son ciertas reuniones, atender llamadas por teléfono; algunas veces serán cosas importantes, pero no urgentes, como planificar ciertas actividades, y luego habrá otras que no son importantes ni urgentes, como estar enviando mensajes por WhatsApp.

Para determinar mejor lo que es urgente e importante es conveniente analizar la Matriz de administración del tiempo, la cual le permitirá clasificar sus actividades en 4 cuadrantes:

| Matriz de administración del tiempo | |
|--|--|
| I. Urgente | II. No urgente |
| Crisis. Problemas. Plazos que vencen. | Preparación. Prevención. Clarificación de valores. Planeación. Construir relaciones. Relajación necesaria. Crecimiento interior. |
| III. Urgente pero no importante | IV. No urgente ni importante |
| Interrupciones innecesarias. Reportes innecesarios. Juntas irrelevantes. Algunas llamadas y correos. Asuntos menores de otros. | Trivialidades. Trabajo sólo por ocuparse. Algunas llamadas y correos. Actividades de escape. Correo irrelevante. Televisión excesiva. Relajación excesiva. |

Fuente: (Adaptada). Stephen Covey, Merrill A. Roger, Merrill, Rebecca R., Primero.

Esta matriz resulta ser un cuadrante de mucha utilidad en la programación de las actividades que diariamente se realizan, en ella se planifica, delega actividades, ampliar la mente e incrementar habilidades directivas.

La puntualidad también es cuestión de hábitos, si usted es ordenado ahorrará tiempo y llegará a alcanzar la eficiencia, esto aporta claridad mental, un exceso de orden ya no es una ventaja porque usted se vuelve inflexible y mecánico por lo tanto debe saber guardar un equilibrio.

Administrar el tiempo es una habilidad, por lo tanto, debe dominar habilidades básicas tales como:

- Usar un planificador o una agenda de citas, hoy se tiene al alcance los teléfonos inteligentes, las tablets, que facilitan tener una agenda con alarmas.
- Confeccionar listas de asuntos pendientes.
- Fijarse metas.
- Delegar.
- Organizar.
- Priorizar.

El no planificar y no delegar, puede llegar a ser perjudicial para la empresa o para su propia salud. A continuación, le expongo la matriz de enfoques sobre la administración del tiempo:

| Enfoques sobre Administración del tiempo | | |
|--|---|--|
| Enfoque y contribución | Ventajas | Desventajas |
| <ul style="list-style-type: none"> • Organizador: orden. | <ul style="list-style-type: none"> • Ahorrar tiempo. • No se desperdician esfuerzos. • Permite aumentar la productividad. | <ul style="list-style-type: none"> • Se convierte en un fin más que en un medio para alcanzar fines importantes. • Fomenta la ilusión de la productividad. • No ayuda a lograr lo importante. |
| <ul style="list-style-type: none"> • Guerrero: eleva la producción independiente. | <ul style="list-style-type: none"> • Responsabilidad individual por el empleo del tiempo y los resultados. • Permite disponer de tiempo libre de interrupciones para la acción independiente a corto plazo. | <ul style="list-style-type: none"> • Fomenta una independencia extremada que puede llegar a la arrogancia. • A menudo da lugar a que la gente se sienta ofendida. • La gente se confabula para pagar con la misma moneda. • Es ineficaz en el largo plazo. |
| <ul style="list-style-type: none"> • Orden: compromiso y concentración. | <ul style="list-style-type: none"> • Clarifica los valores. • Crea un plan secuencial para el logro de las metas. | <ul style="list-style-type: none"> • Crea la falsa expectativa de que el logro de las metas se traducirá necesariamente en calidad de vida. • Produce un desequilibrio en la vida a causa de la concentración exclusiva del tiempo y la energía. |

| | | |
|---|---|---|
| | | <ul style="list-style-type: none"> • Es poco flexible. • Subordina todo al logro independiente. |
| <ul style="list-style-type: none"> • Priorización. | <ul style="list-style-type: none"> • Impone orden y secuencia al logro. | <ul style="list-style-type: none"> • La prioridad depende a menudo de la urgencia, de las circunstancias o de otras personas. • No considera una respuesta segura ante el surgimiento espontáneo de auténticas prioridades de orden superior. • No toma en cuenta las realidades extrínsecas que rigen la calidad de vida. |
| <ul style="list-style-type: none"> • Instrumento mágico: potencialización. | <ul style="list-style-type: none"> • Ofrece instrumentos que facilitan la comunicación, el seguimiento de progresos y resultados y la organización. • Aumenta la productividad. • Magnífica la capacidad individual. • Permite producir bienes y servicios de alta calidad. | <ul style="list-style-type: none"> • Crea la ilusión de que el poder reside en el instrumento. • Restrictivo y antinatural. • Fomenta el hacer humano y no el ser humano. • A menudo se concentra en determinar día con día la prioridad de lo urgente. |
| <ul style="list-style-type: none"> • Administración del tiempo: habilidades. | <ul style="list-style-type: none"> • Desarrolla habilidades que facilitan el cumplimiento de los objetivos. | <ul style="list-style-type: none"> • Crea la ilusión de que la efectividad depende de la habilidad. |

| | | |
|--|--|---|
| | <ul style="list-style-type: none"> • Mejora el desempeño. | <ul style="list-style-type: none"> • No hay uniformidad en la enseñanza, en lo que respecta a su calidad y a su orientación hacia el norte verdadero. • Por lo general se concentra sólo en las habilidades que se consideran valiosas para la empresa. |
| <ul style="list-style-type: none"> • Déjese llevar por la corriente: armonía. | <ul style="list-style-type: none"> • Comienza a apartarse del paradigma de la urgencia. • Crea un ritmo de vida que está más en consonancia con nuestros ritmos naturales. | <ul style="list-style-type: none"> • Carece de las ventajas de los enfoques más orientados a los objetivos. • Carece del equilibrio propio de un enfoque más integrado. • Está en desacuerdo con los valores representados por la actitud de cumplir compromisos asumidos respecto de otras personas a través de citas, programas de actividades y cierta clase de productividad secuencial. |
| <ul style="list-style-type: none"> • Restablecimiento: autoconciencia. | <ul style="list-style-type: none"> • Ayuda a identificar la naturaleza y el origen de los hábitos disfuncionales relativos a la administración del tiempo. | <ul style="list-style-type: none"> • No ofrece una solución unificada. • Es incompleto: la autoconciencia por sí sola no crea calidad de vida. • Se centra en un aspecto muy limitado. • Se centra en el pasado y no en el futuro. |

Fuente: (Adaptada). Stephen Covey, Merril A. Roger, Merril, Rebecca R., Primero.

También existen los enemigos del tiempo, no son otra cosa más que aquellas interrupciones, actitudes, ruidos o sistemas deficientes que perjudican los planes, estos enemigos pueden ser internos y externos. A continuación, les presento la matriz de los enemigos del tiempo.

| Enemigos del tiempo | |
|---|--|
| Externos | Internos |
| Interrupciones del teléfono. | No saber decir no. |
| Interrupciones por visitas inesperadas. | Querer acaparar actividades por no saber delegarlas. |
| Urgencias. | Sobreestimar las propias capacidades. |
| Mobiliario incómodo. | Subestimar las propias capacidades. |
| Incapacidad de los subalternos. | Aplazar, dejar las cosas para después. |
| Falta de información adecuada. | Indisciplina en el cumplimiento de los propios planes. |
| Exceso de reuniones. | Confusión y desorden en la propia oficina. |
| Liderazgo deficiente. | Falta de motivación; indiferencia. |
| Trámites excesivos (burocracia). | Tensión y preocupaciones. |
| Ruidos y distracciones visuales. | Obsesión por lo trivial, meticulosidad |
| Sistemas de comunicación deficientes. | Inconstancia, hábito de dejar tareas inconclusas. |
| Internet | Cuando navega sin un fin |

Fuente: Mauro Rodríguez Estrada, Administración del tiempo.

(Alier Jimenez, 2003) “Afirma que las reuniones son una parte importante del trabajo en equipo. Reunirse con regularidad para revisar avances, atender problemas, decidir medidas futuras que habrá que adoptar y tomar otras decisiones es la primera estrategia de la productividad, pero no se debe abusar de ella”.

Algunas características del tiempo según (Ferula Bachoco) son:

- Puede ser un enemigo a vencer o un aliado si lo logramos organizar.
- Puede ser un recurso escaso, si no se controla en función de las prioridades que se les asignen a las actividades diarias de los ejecutivos.
- Puede ser un amigo o un enemigo en el logro de los objetivos y metas que se planteen.
- No se puede comprar.
- No se puede atrapar, detener o regresar.
- Es lo más valioso que tienen los individuos, por lo que hay que utilizarlo con el máximo grado de efectividad.
- Se dice que nadie tiene suficiente tiempo, sin embargo, todo el mundo tiene todo el tiempo que hay. Esta es la gran paradoja del tiempo.

(Gaynor Butterfiel, Eric) Dice que:

La Administración del Tiempo ha emergido como una de estas prácticas que los directores, gerentes, ejecutivos y profesionales en las organizaciones deben saber manejar y esto no les resulta fácil ya que tienen incorporadas pautas de conducta “anteriores” (en la familia, en los estudios) que no siempre privilegiaron a la variable “tiempo”. El impacto del tiempo es devastador y alcanza todos los ámbitos teniendo una vigencia total dentro de los ámbitos organizacionales y empresariales ya que estos están forzados a introducir un cambio, y además no existe una sola especie que no sea influida por él.

La verdad es que ser puntual es un hábito, que se enseña en casa, si papá y mamá son impuntuales, los hijos no respetarán el tiempo de los demás, estarán acostumbrados a entregar tareas atrasadas y difícilmente lograrán llegar a tiempo a sus responsabilidades.

(Bacon) Opina lo siguiente:

“Escoger el propio tiempo es ganar tiempo. Y los hombres responsables de lo que sucede en las empresas y en las organizaciones que acuden a sus conocimientos e

inteligencia deben tener presente la afirmación de Honore de Balzac (“Las ilusiones perdidas”): **“El tiempo es el único capital de aquellos que sólo poseen la fortuna de su inteligencia”** y también la declaración de Isabel I antes de morir: **“¡Todos mis bienes por un poco de tiempo!”**. Para administrar eficientemente el tiempo lo que tenemos que saber tiene que ver con el “Comportamiento Humano”, es decir con las personas. Usted tiene que satisfacer los requerimientos de otras personas y ellos a su vez, tienen que llegar a satisfacer las necesidades de usted. Y esa integración de necesidades –necesidades insatisfechas hasta ese momento– representan la motivación para encontrarse”

Es preciso hacer énfasis en:

- La administración del tiempo tiene como objetivo principal, educar a las personas a ser puntuales y responsables.
- Saber administrar el tiempo es respetar los tiempos programados y no dejar de hacer actividades sin antes completar una actividad en ejecución.
- En el proceso de aprendizaje de la administración del tiempo es importante planificar las actividades, el planear eficazmente ahorra tiempo de actividades improductivas y conlleva al logro de resultados.

Referencias Bibliográficas

- Alier Jimenez, E. B. (2003). *Cómo trabajar con equipos motivados*. Xirivella, España: Nova Key.
- Bacon, F. (s.f.). *Formación Sociocultural*. Recuperado el lunes 6 de mayo de 2017, de <https://sites.google.com/site/ferurabachoco/unidad-vii/administracion-del-tiempo>
- Concepto Definición. (s.f.). Recuperado el 1 de junio de 2017, de <http://conceptodefinicion.de/puntualidad/>
- Ferula Bachoco. (s.f.). *Formación Sociocultural*. Recuperado el 15 de mayo de 2017, de <https://sites.google.com/site/>
- Gaynor Butterfiel, Eric. (s.f.). *Formación Socio Cultural*. Recuperado el lunes 12 de junio de 2017, de <https://sites.google.com/site/ferurabachoco/unidad-vii/administracion-del-tiempo>
- Madrigal Torres, B. (2009). **Habilidades Directivas**. México: McGraw-Hill.
- Rodríguez Estrada, M. (2012). **Administración del tiempo**. México: Editorial El Manual Moderno.

Competencias digitales del abogado defensor público

M.A. Sara Marisol Mejía Alburez

En plena era del conocimiento, conocida también como la era digital o era de la información, cuyo signo principal es el cambio y la incertidumbre se hace necesario reflexionar acerca de la importancia que el abogado en general y el defensor público específicamente, debe prestar a las competencias digitales. Una competencia es la capacidad de desempeñarse correctamente en contextos complejos y originales. (Educativos, 2015). Se fundamenta en la integración de conocimientos, habilidades, destrezas, actitudes y valores, como muy bien lo expresa Jacques Delors, cuando menciona los cuatro pilares de la educación en “la educación encierra un tesoro” (Lords, 1994) Ahora bien, la competencia digital, es “aquella que implica el uso creativo, crítico y seguro de las tecnologías de la información y la comunicación para alcanzar los objetivos relacionados con el trabajo, la empleabilidad, el aprendizaje, el uso del tiempo libre, la inclusión y participación en la sociedad”. (Ministerio de Educación). Se entiende, entonces, que todo abogado tiene la ingente necesidad de hacer uso racional, es decir, creativo, crítico y seguro de las Tics como se les conoce, con el propósito de actualizarse, poder realizar un mejor trabajo, de mayor calidad y mucho más pertinente.

Desde hace algunos años existe un debate abierto entre los profesionales del Derecho. Por una parte, están los conservadores, quienes se resisten al cambio digital, y se aferran a la tecnología tradicional. Este grupo considera que así están bien y que no hay necesidad de cambiar su tecnología. Aunque cada vez son los menos, aún constituyen un buen número, que se ha acomodado y encerrado en su esfera de satisfacción.

Por otro lado, están los progresistas, quienes han decidido adoptar la tecnología de información y comunicación como apoyo para su trabajo profesional, y no temen enfrentarse al desafío de lo innovador y cambiante del uso de herramientas digitales de la web 2.0. El punto de coincidencia se da en la necesidad de incluir en la formación universitaria la tecnología de información, a efecto que el profesional que recién se incorpora al gremio traiga consigo las herramientas tecnológicas necesarias para incluirlas al trabajo cotidiano. (Abadn, 2016).

Seguramente en unos cuantos años, todo esto habrá cambiado y se tendrá un nuevo entorno laboral en el que se encuentre incluido lo virtual. Las Universidades que preparan a los futuros profesionales, han incluido en su diseño curricular la incorporación de la tecnología de la informática por lo que seguramente los nuevos profesionales traerán consigo todas las herramientas digitales necesarias para un trabajo diferente.

El problema se da con los inmigrantes digitales, quienes son mayoría, que se formaron con otras tecnologías que no incluían ni

hardware mucho menos software que hoy es común en el trabajo de oficina. Un inmigrante digital es aquella persona que nació y creció con otro tipo de tecnología, como por ejemplo la máquina de escribir. La dependencia del papel para escribir en la oficina, el uso del teléfono de escritorio en la oficina, los telegramas y las cartas. El abogado de hoy, incluido el defensor público, debe comprender que no puede sustraerse al desenvolvimiento libre en el mundo digital.

Es un hecho evidente que la internet lo ha transformado todo, incluida la forma en que los abogados se relacionan con sus clientes, con los tribunales, con sus proveedores y con otros colegas. Ahora el abogado puede comunicarse de inmediato con su cliente, sin importar el lugar en que se encuentren ambos, utilizando desde el Smartphone o teléfono inteligente, pasando por la Tablet, el servidor de escritorio y el servidor de mano. Puede hacerlo con una llamada, una videoconferencia, un mensaje de voz, un correo electrónico, un mensaje en WhatsApp y muchas formas más. Igualmente puede decirse de la comunicación en tal sentido, debe reconocerse, que el despacho y su gestión debe ser eficiente para poder atender a sus clientes.

La deontología es la disciplina que se ocupa de los deberes de los profesionales en el campo jurídico, (Bendezú R. , 2014) por lo que el abogado debe reconocer y apropiarse de la normativa aplicada a la tecnología y su uso que incluye aspectos novedosos que hasta ahora no eran considerados importantes. Entre ellos debe incluirse por supuesto la normativa relacionada con la protección

de los datos, en la virtualidad. La web 2.0 propone la utilización de herramientas como Google drive, que permite que haya un archivo virtual (en la nube) en el cual se pueden almacenar documentos para no llenar el disco propio. Dicha herramienta debe saberse proteger especialmente de los hackers quienes son especialistas en ingresar en situaciones virtuales de todo tipo. De esa manera habrá una plena confianza de que los documentos importantes están bien protegidos.

La web brinda servicios de la sociedad de la información que están al alcance de todos y que facilitan las tareas, permitiendo la economía de tiempo y la eficiencia en el trabajo, pero deben tomarse las medidas necesarias para protegerlos de la invasión de personas con fines perversos. (Abadn, 2016). Es decir: hay ventajas y beneficios que valen la pena integrarlos a la gestión del trabajo, pero como todo en la vida, habrá que sopesar los riesgos que la innovación implican, para que, con conocimiento de causa, puedan prevenirse.

Prestador de servicios, es la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información. (Rodríguez, 2011) Se consideran prestadores de servicios de la sociedad de la Información, los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda y cualquier sujeto que disponga de un sitio en Internet. El abogado y no digamos, el defensor público debe reconocer la importancia de la incorporación de los prestadores de servicios a la labor jurídica

y estudiar debidamente los términos en que se proporcionan los servicios a utilizar.

Otro elemento importante que considerar es la propiedad intelectual e industrial. En un amplio sentido, la propiedad intelectual se refiere a toda creación que produce la mente humana; (INAPI, 2014) los inventos, modelos de utilidad, marcas, obras literarias y artísticas, etc.

Mientras que la propiedad industrial incluye patentes de invención, modelos de utilidad, marcas comerciales, colectivas, de certificación e indicaciones geográficas y denominaciones de origen. También deben mencionarse los derechos de autor que protegen los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones, los derechos de los productores de fonogramas sobre sus grabaciones y los derechos de los organismos de radiodifusión sobre sus programas de radio y de televisión. Todo esto por supuesto, considerado ahora, desde el punto de vista del uso de las tecnologías de la información y la comunicación.

No pueden pasarse por alto las cookies y su regulación. (colección., 2016). Para utilizar la internet de manera adecuada, y mantener un control adecuado sobre los datos que se utilizan se hace demasiado importante, el saber qué información se comparte y con quien se comparte. Una cookie es un archivo creado por un sitio web que contiene pequeñas cantidades de datos y que se envían entre un emisor y un receptor. En el caso de Internet el

emisor sería el servidor donde está alojada la página web y el receptor es el navegador que se utiliza para visitar cualquier página web. Su propósito principal es identificar al usuario almacenando su historial de actividad en un sitio web específico, de manera que se le pueda ofrecer el contenido más apropiado según sus hábitos. Un ejemplo sencillo sería cuando se ingresa en la página de una cuenta de correo electrónico web como Gmail, Outlook o Yahoo!

Las cookies permiten a un sitio web reconocer el equipo de un usuario y no contienen ni recopilan información. Se usan, por ejemplo, para mantener un usuario autenticado en una cuenta como las anteriores sin que sea necesario que se autentique cada vez que acceda a su cuenta. Otro ejemplo es la publicidad donde basado en anuncios que haya visitado el usuario previamente, se le intentan ofrecer anuncios más relevantes.

Todo abogado debe estar consciente de la relación y la actuación en este entorno, entendiendo los comportamientos de los usuarios.

Otra competencia digital a la cual no puede sustraerse el abogado de la Defensa Pública Penal es el funcionamiento de las redes sociales, entender su dinámica, reconocer sus normativas de funcionamiento plasmadas en los términos y condiciones de uso. Las redes sociales en internet son aplicaciones web que favorecen el contacto entre individuos. Estas personas pueden conocerse previamente o hacerlo a través de la red. Contactar a través de la red puede llevar a un conocimiento directo. Las redes sociales, facilitan el acceso a la comunicación inmediata y permiten acercar

distancias de manera instantánea. Las redes sociales en internet se basan en los vínculos que hay entre sus usuarios. (s/a, 2014) Existen varios tipos de redes sociales: Las redes sociales genéricas son las más numerosas y conocidas. Las más extendidas en Guatemala, son Facebook, Instagram, Watts App y Twitter. Luego se mencionan las redes sociales profesionales. Sus miembros están relacionados laboralmente. Pueden servir para conectar colegas o para la búsqueda de trabajo. Un ejemplo de una red social profesional lo constituye LinkedIn, con más de 500 millones de usuarios a nivel mundial. Esta aplicación se ha posicionado como la red social profesional por excelencia. Es una red que permite contactar con personas con las que de otra manera sería imposible. Las empresas podrán conseguir más clientes, las personas empleo, se podrá mejorar la imagen de marca de una empresa, hacer contactos profesionales, encontrar talento, hacer networking y mucho más. Por último, se mencionan las redes sociales verticales o temáticas. Están basadas en un tema concreto. Pueden relacionar personas con el mismo hobby, la misma actividad o el mismo rol. Las más famosas son Flickr, Pinterest y YouTube. Para finalizar este artículo se mencionará el branding o marca personal del abogado, en la que la comunicación y la publicación de contenidos, catapultan al profesional en el campo de su especialización dándolo a conocer a millones de personas, de manera eficaz.

La Internet ha invadido el entorno laboral del abogado. Ha llegado para quedarse. Debe aprovecharse sus bondades y estar

prevenido para su uso. De esa manera el Abogado de la Defensa Pública Penal desarrollará competencias digitales que lo convertirán en un Abogado de la Era del Conocimiento con sus ventajas y desventajas. Como corolario a este artículo se trae a colación la siguiente frase: “El abogado que no se digitaliza, se fosiliza”. Quien no esté dispuesto a recorrer el camino de la digitalización, y a aprender a utilizar la tecnología de la información y la comunicación, corre el grave riesgo de quedarse a la zaga, y convertirse en un fósil. Ustedes deciden.

Referencias Bibliográficas

- Abadn, F. B. (28 de abril de 2016). *Competencias y habilidades digitales de los abogados*. Obtenido de <http://www.legaltoday.com/gestion-del-despacho/nuevas-tecnologias/articulos/competencias-y-habilidades-digitales-de-los-abogados>
- Bendezú, R. (2014). *La Deontología Jurídica*. Obtenido de Monografía.com: <http://www.monografias.com/trabajos65/deontologia-juridica/deontologia-juridica.shtml>
- Bendezú, R. Y. (2014). *La Deontología Jurídica*. Obtenido de Monografías.com: <http://www.monografias.com/trabajos65/deontologia-juridica/deontologia-juridica.shtml>
- Colección., R. d. (noviembre de 2016). *Cómo eliminar las cookies de youtube?* Obtenido de <http://www.elulodge.com/como-eliminar-las-cookies-de-youtube/>
- Educativos, E. (2015). *Qué es una competencia*.
- INAPI. (2014). *Que es la propiedad intelectual e industrial?* Obtenido de <http://www.inapi.cl/portal/orientacion/602/w3-article-618.html>
- Ministerio de Educación, c. y. (s.f.). *Las Competencias Digitales*. <https://www.mecd.gob.es/educacion-mecd/mc/lomce/el.../competencias.../digital.html>.

- Rodríguez, C. B. (18 de 03 de 2011). *Los prestadores de Servicios en la Sociedad de la Información*. Obtenido de <http://convelia.com/los-prestadores-de-servicios-su-presencia-en-internet>
- s/a. (10 de octubre de 2014). *Las redes sociales digitales*. Obtenido de <https://redesuatx.wordpress.com/2014/10/10/que-son-las-redes-sociales/>

El hecho notorio ¿perjuicio para el acusado?

Lic. Carlos Sandoval

En la práctica tribunalicia, se observan sentencias condenatorias, en las que el hecho notorio figura como parte esencial de la motivación del fallo, provocando opiniones encontradas respecto a si es una práctica legalmente correcta, o bien, si se trata de una práctica que adolece de vicios, pero que representa algunas ventajas para los sindicatos, por lo que resulta de absoluto interés, comprender a qué se refiere el hecho notorio, cómo es concebido y cómo ha sido aplicado.

Aunque es ambiguo el concepto de hecho notorio, en virtud que no existe una definición legal sobre el alcance de dicho término, en doctrina existe información a considerar:

Calamandrei, citado por Álvarez considera los hechos notorios como "...aquellos hechos el conocimiento de los cuales forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que se produce la decisión." (Álvarez, 2009, pág. 269) Cabanellas, advierte como notorio lo "público y de todos sabido." (Cabanellas, 1976, pág. 270). Es de destacar la palabra conocimiento y público, en cuanto se refieren a los hechos notorios.

Es preciso resaltar la coincidencia que existe entre las anteriores definiciones de hecho notorio, especialmente cuando hacen referencia a que debe de tratarse de algo de conocimiento público, esta palabra conforma un panorama más claro de la notoriedad, en el sentido que debe ser ya conocido públicamente o por lo menos de un buen sector de la sociedad, pero a tal grado que no permita duda alguna.

Mijangos cita a Stein, quien afirma que:

“...existe la notoriedad cuando los hechos son tan generalmente percibidos o son divulgados sin refutación con una generalidad tal que un hombre razonable con experiencia de la vida puede declararse convencido de ello, como se convence el juez en el proceso en base a la práctica de la prueba.” (Mijangos, 2014, pág. 2)

Sostiene el autor que “...se ha dicho que hechos notorios son aquellos cuyo conocimiento es parte integrante de la cultura normal de un sector social establecido al tiempo del pronunciamiento de la resolución.” (Mijangos, 2014, pág. 2)

El Diccionario de la Lengua Española contiene la definición de notorio como “algo público y sabido por todos, claro, evidente, importante, relevante o famoso.” (Real Academia Española, 1925)

Quedan claras las circunstancias en que debe entenderse un hecho como notorio, apelando a factores como la publicidad, la generalidad de su conocimiento entre un sector social de cultura media, en otras palabras, un hecho famoso, de amplio conocimiento social.

Consideraciones generales

En materia judicial:

“...existe también un conocido aforismo jurídico notoria non egent probatione: los hechos notorios no son objeto de prueba, porque son hechos cuya realidad puede conocerse por una actividad distinta a la probatoria procesal, sin que suponga una merma de las garantías que la legislación procesal otorga a las partes procesales.” (Mijangos, 2014, pág. 2)

De tal manera que la certeza que produce un hecho notorio lo hace cierto ante un proceso judicial, sin necesidad de tener que acudir a la recepción probatoria o a otras actividades judiciales, como la confesión judicial, por ejemplo, para demostrar algo, que desde el inicio del proceso se conoce como cierto públicamente.

Ahora bien, ¿Qué importancia tiene el hecho notorio en un proceso penal?, ¿Cuándo se entiende que debe de tratarse de hechos aislados o periféricos, del asunto central que se trata de demostrar

en juicio? Ante tales interrogantes se trae a colación lo analizado por Matheus, quien manifiesta que:

“La exigencia de economía procesal se opone a la producción de pruebas innecesarias cuando la realidad de un hecho se encuentra incorporada al patrimonio cultural de un determinado momento y de una determinada circunstancia social, como es el caso de determinadas verdades históricas, geográficas, acontecimientos sociales locales o nacionales de especial relevancia, etc., supuestos en los cuales nos encontramos ante un hecho notorio.

En tal forma, la notoriedad de un hecho importa un grado especial y más intenso del conocimiento que provoca en el que está destinado a recibirlo. Pues perteneciendo el dato a la cultura o experiencia común de los hombres, su conocimiento positivo, una vez que se logra, reviste extraordinaria garantía. No siendo así notorios aquellos hechos que el órgano jurisdiccional pueda conocer oficial o privadamente, sino aquellos que disfrutan de un reconocimiento general en el lugar y tiempo en que el proceso se desarrolla.” (Matheus, 2003, pág. 175)

Desde esa perspectiva, resulta útil, procesalmente hablando la aplicación de un hecho notorio, pero siempre y cuando se esté hablando de un verdadero hecho público, que como dijo Matheus, “que no son notorios aquellos hechos que el juez pueda conocer oficial o privadamente, sino los que disfrutan de un reconocimiento general en el tiempo y lugar en que el proceso se desarrolla”.

Esto hace referencia a que, si un juez conoce sobre la culpabilidad de un sindicado porque llegó a su conocimiento por circunstancias personales, dicho conocimiento no puede ser trasladado al proceso penal y utilizarlo en contra del acusado, mucho menos tenerlo como hecho notorio. Lo mismo acontece cuando el sindicado, por una u otra razón decide aceptar el hecho; la sola aceptación no puede constituir un hecho notorio, porque es un hecho que en todo caso no es de dominio público o generalizado.

No basta que el hecho sea entonces y hasta entonces, conocido exclusivamente por el juez por narración del acusado, y tal vez por algunos sujetos procesales más, es necesario que haya sido previamente conocido por una parte de la sociedad, en el entorno de que se trate.

Puntualizando, la simple declaración dentro de un proceso, no genera un conocimiento público y generalizado, por lo tanto, no constituye un hecho cierto, no es evidente su existencia ni es famoso ante la sociedad, en conclusión, no puede tener carácter de notoriedad.

Al respecto acota Matheus "...la notoriedad debe ser general, no importando por ello que el hecho sea notorio para el juez, sino para toda la comunidad, de la cual él es parte o no, razón por la cual no podemos aceptar la así llamada notoriedad judicial." (Matheus, 2003, pág. 178)

Mijangos (2014), en su calidad de Magistrada del Tribunal Supremo Electoral Guatemalteco, hace una interesante exposición de lo que han aplicado en dicho tribunal en relación al hecho notorio, en resoluciones en materia electoral, al indicar que han basado parte de las resoluciones relacionadas a la propaganda electoral anticipada por parte de las organizaciones políticas, que no necesitaron prueba ni oportunidad para la parte interesada de negarlo, porque la notoriedad es la certeza de que acaeció; y que lo que sustenta esa calidad de notoriedad es el conocimiento de tales hechos por la ciudadanía en un tiempo y lugar determinados.

El hecho notorio, en esa virtud es aplicado también en otras materias o ramas del derecho, sin embargo, no existe ningún artículo que regule el hecho notorio en el Código procesal civil y mercantil ni en el Código de trabajo, pero si en doctrina, como se ha acotado.

Es interesante conocer la opinión que ha tenido la Corte de Constitucionalidad en casos que incluyen sentencias motivadas en hechos notorios, por ejemplo, la vertida en la sentencia de Amparo dentro del expediente 2762-2014, pronunciada el cinco de marzo de dos mil quince, la que en su parte conducente dice:

“...la facultad que establece el artículo 184 del Código Procesal Penal, referido al hecho notorio, “se ha desnaturalizado”, utilizándose para fines distintos a los que prevé la normativa procesal. Agrega la Cámara que la “responsabilidad penal de una persona jamás puede ser considerada un hecho notorio”, en tanto “supone la comprobación de una serie de premisas como los son la existencia del delito, las circunstancias en que este se cometió (modo, tiempo y lugar de la comisión), la participación del sindicado y dentro de estas las formas de participación, así como las circunstancias que podrían modificar la responsabilidad penal”, siendo un conjunto de elementos que “no es susceptible de sustituir por la declaración de un hecho notorio” (Amparo en única instancia, expediente 2762-2014, 2014, pág. 7)

Según este criterio de la Corte de Constitucionalidad, no puede sustituirse el procedimiento de comprobación de los elementos que conforman los fines del proceso, y que corresponden en gran medida a los elementos de la teoría del delito, por la simple declaración de un hecho notorio. Continúa dicho fallo indicando:

“...repercute en forma directa en el derecho fundamental a la presunción de inocencia, el que exige la convicción del juzgador, más allá de toda duda razonable, respecto de la acreditación del hecho ilícito imputado y la participación del acusado en su comisión. Esa convicción debe basarse y deducirse exclusivamente de específicos medios de prueba introducidos legítima y legalmente a la causa (artículos 14 constitucional, 181, 182, 183, 186, 385, 388 y 389 del Código Procesal Penal). Por ende, el derecho a la presunción de inocencia impide que la convicción del juzgador (certeza judicial) sobre la comisión del ilícito y la responsabilidad del sindicado pueda ser suplida o sustituida por la declaración acerca de la existencia de un hecho notorio, como bien lo señala la Cámara Penal. En ese sentido, en nada incide ni afecta que la declaración sobre la existencia de un hecho, al que erradamente se le califica como “notorio”, se apoye en un acuerdo de las partes, instado por estas o, incluso, por el propio tribunal, pues esta figura procesal no es eficaz ni constitucionalmente válida para comprobar aquellos elementos, debiendo entenderla y aplicarla a cada caso

concreto desde los parámetros de la denominada “Teoría General del Proceso” (según Eduardo Couture, hecho notorio es cualquier “acontecimiento de dominio público conocido por todos o casi todos los miembros de un círculo social en el momento en que va a pronunciarse la decisión judicial”, respecto del cual no hay duda ni discusión, ante lo cual la ley exime de su prueba);” (Amparo en única instancia, expediente 2762-2014, 2014, pág. 8)

Interesante como la Corte de Constitucionalidad, sostiene que la utilización del hecho notorio influye negativamente en el derecho fundamental de presunción de inocencia, pues este principio exige que el juzgador llegue a la convicción de la acreditación del hecho y la participación del acusado en la comisión del mismo fuera de toda duda razonable, y que el derecho de la presunción de inocencia no permite que la convicción del juez pueda ser suplida por la declaración de un hecho que erradamente es calificado como notorio, aunque esta práctica se encuentre avalada por las partes. Se convierte en una figura poco eficaz procesalmente hablando y sin validez constitucional.

Análisis del artículo 184 del Código Procesal Penal

Dicho artículo establece “que cuando un hecho se postule como notorio, el tribunal, con el acuerdo de todas las partes puede prescindir de la prueba ofrecida para demostrarlo, declarándolo comprobado. El tribunal puede de oficio provocar el acuerdo.”

Haciendo una interpretación contextual del artículo, debe entenderse que se aplica únicamente cuando un hecho tenga apariencia o se presente como notorio. Para que esto suceda, tal apariencia de notoriedad debe ser absolutamente evidente y desde luego, debe ser del conocimiento, sino de todos, por lo menos de quienes participan como sujetos procesales y de los juzgadores, para que tengan suficiente fundamento para considerar innecesario entrar a probar algo que estiman sabido o conocido, con anterioridad al proceso.

Se puede interpretar que el espíritu de dicho artículo es la economía procesal, evitando incurrir en actividades probatorias innecesarias, tendentes a probar un hecho que ya es conocido, sobre el cual no existe ninguna duda por ninguno de los sujetos procesales, quienes manifiestan su acuerdo, de que dicho hecho puede tenerse por probado durante el juicio, sin necesidad de prueba.

Sin embargo, cabe destacar, que se refiere, sin lugar a duda, a hechos secundarios, o hechos colaterales, pero en ningún caso, se puede referir al objeto principal de averiguación y de comprobación de un proceso penal, como lo es el hecho típico atribuido hipotéticamente al acusado, así como la forma de participación

y demás circunstancias en que pudo haber cometido tal hecho. Pues en todo caso, si el hecho acusado pudiera pasar por un hecho notorio, por la magnitud de sus consecuencias, tendría que ser regulado con esa claridad y precisión en la normativa procesal, exponiendo los casos y formalismos indispensables para el efecto.

Todo lo que se refiere a la acusación, es regulado por la ley procesal penal en forma tan amplia y con los formalismos adecuados y explícitos, que conllevan incluso la trayectoria por tres etapas fundamentales del proceso, ordenando que en cada una se verifique siempre el respeto al debido proceso, a la presunción de inocencia del sindicado y al derecho de defensa.

Dichas etapas, corresponden a regulaciones extensas, que por explícitas están contenidas en varios artículos, que detallan cada momento del proceso que debe aplicarse. Por ende, no correspondería ni imaginar, que en un solo artículo, de breves líneas y sin mayor detalle, contemple la resolución central y final de todo un proceso penal, con el simple y práctico remedio, de denominarlo hecho notorio, que sin ser conocido con antelación por la generalidad de una sociedad, se considera conocido a partir de un único relato personal, como lo es la confesión del sindicado, que dicho sea de paso, no está dada en un escenario necesariamente libre o espontáneo, sino tras posibles acuerdos de aparente conveniencia.

El mismo procedimiento abreviado regulado en el Código Procesal Penal, está explicado y regulado en todo un título de dicho Código, conformado por varios capítulos. Se trata de una forma de

abreviar el proceso ordinario, en casos muy peculiares y que sí representa, por el momento procesal en que se puede dar, una verdadera economía procesal y genera celeridad en la resolución del caso, además de constituir ventajas para el sindicado, como lo es el resolver su situación en un plazo mucho menor, que si llegara a debate oral y público, y tiene siempre como base los hechos acreditados mediante la prueba recibida y además puede fiscalizar la prueba, contradecirla, presentar prueba de descargo y además solicitar la absolución según se hayan presentado las circunstancias del caso; situación que no se puede dar, con el procedimiento de facto del hecho notorio.

Surge la interrogante: ¿Qué ventaja representa para el sindicado, el aplicar un procedimiento no regulado en Ley, ya encontrándose en la etapa del juicio, con la única abreviación de no recibir la prueba, lo cual representa economía insignificante, si se encuentra en juego, la averiguación de la verdad y la resolución de su situación jurídica?

El artículo 14 del Código Procesal Penal, es claro en prohibir una interpretación extensiva de una norma en materia penal, cuando esto no favorezca la libertad del sindicado, desde luego, interpretar el artículo 184 como la posibilidad de calificar como un hecho notorio, el hecho medular del proceso, contenido en la acusación, es a todas luces una interpretación extensiva que sin lugar a duda, trae como consecuencia una sentencia condenatoria, que desde ningún punto de vista, será lo más favorable para el sindicado; o, en todo caso, le limita oportunidad para hacer valer su defensa.

Es entonces comprendido, en qué casos, procede aplicarle a un hecho no principal para el proceso, la calidad de hecho notorio y nunca al hecho central, objeto de la acusación.

Aplicación del hecho notorio

Se analizaron varias sentencias dictadas con base en la figura del hecho notorio, en las cuales tuvieron participación defensores públicos, de las cuales a guisa de ejemplo se hace referencia a dos, que corresponden a las causas: C-01073-2010-01815 y C-01079-2015-00346.

Primera sentencia:

Causa 01073-2010-01815, dictada por una juez unipersonal, del Tribunal Quinto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Guatemala, el veinte de enero de dos mil dieciséis.

Antecedentes del caso

El Acusado tras haber sido ligado a proceso por el delito de homicidio culposo en contra de dos personas y de haberse cumplido las primeras dos etapas, la preparatoria y la intermedia, fue llevado a juicio penal acusado de haber colisionado su vehículo con la parte trasera de una plataforma de transporte pesado, que se encontraba detenida, en una fila o cola de vehículos, en la salida de la ciudad de Guatemala, específicamente en la carretera que

conduce al Atlántico, y señalado supuestamente de conducir bajo efectos de licor.

En dicho lugar, varios empleados de la municipalidad de Guatemala se encontraban haciendo trabajos de reparación sobre el asfalto y como consecuencia tenían detenido el tráfico, lo que hacían durante algunas horas del día.

El acusado conducía su vehículo acompañado de otras dos personas, uno de ellos murió en el lugar del accidente y el otro resultó con lesiones graves y fue trasladado a un centro asistencial, en donde por la gravedad de las heridas, murió a los pocos días del incidente, siempre a causa de las lesiones sufridas durante el hecho de tránsito.

El Ministerio Público en su acusación, afirmó que el hecho se debió a la imprudencia del sindicado quien se conducía en estado de ebriedad y a excesiva velocidad y que provocó la muerte de ambas personas por su poca destreza, aptitud y evidente inexperiencia para conducir vehículos automotores.

De los hechos que el juez estimó acreditados:

- En la fecha, hora y lugar de la acusación, el sindicado conducía el vehículo que colisionó con el transporte pesado, y que iba acompañado por las personas que fallecieron.
- En el lugar del hecho se llevaban a cabo trabajos de infraestructura municipal y que por momentos se encontraba cerrado el paso vehicular.

- Por la poca destreza, aptitud y evidente inexperiencia demostrada por el sindicado, indicado, ocasionó la muerte de ambas personas.

Prueba diligenciada

Únicamente fueron incorporados algunos medios de prueba documentales, sin embargo, la juez unipersonal únicamente dio valor probatorio al acta de levantamiento de cadáver, al reconocimiento médico externo de uno de los cuerpos, y al formato de levantamiento y remisión del cadáver.

También a un croquis y un álbum fotográfico del lugar del hecho, a la constancia de licencia de conducir del sindicado, a un informe del Departamento de Transporte y Tránsito de la Municipalidad de Guatemala que se refiere a los trabajos que realizaban ese día, y a las certificaciones de defunción y de asiento de cédula de ambas personas fallecidas en el hecho, como a otros documentos sin mayor relevancia.

En virtud del acuerdo arribado entre la Fiscalía del Ministerio Público, el abogado defensor y el acusado, la juez actuante, decidió no recibir las declaraciones periciales y testimoniales que estaban previamente admitidas para su diligenciamiento en debate, dándole al hecho acusado la calidad de un hecho notorio, sin que cumpliera con las características de notoriedad antes analizadas, sólo porque así lo aceptó el acusado.

Consideraciones de la existencia del delito incluidas en la sentencia:

“Conforme el análisis tanto de la plataforma fáctica, jurídica como probatoria, y no obstante los acuerdos entre las partes tanto la abogada de la Fiscalía, la defensa como el acusado, decidieron sustentar el presente caso conforme a un Hecho notorio, toda vez que al momento ya para dar inicio a la recepción de los medios de prueba se hizo la petición por parte de la abogada de la Fiscalía, indicando que se iba a prescindir de la prueba pericial, testimonial y en su mayoría solicitó se desarrollaran los medios de prueba documentales a excepción de un documento y de la prueba audiovisual que se renunció, medios de prueba ofrecido y aceptados en su momento procesal, estando de acuerdo tanto el abogado de la defensa como el acusado, específicamente el acusado, aceptó los hechos conforme los descritos en la acusación, a excepción de que el día en que ocurrieron dichos hechos, él no estaba ebrio pues no había bebido ninguna bebida alcohólica, a lo cual la Fiscalía al pronunciarse y al formular su petición también solicitó a la juzgadora el hecho notorio en todo su contexto a excepción que el acusado se conducía en

estado de ebriedad, por no existir ningún medio de prueba que lo corrobore, de esa cuenta se tiene por acreditado con todo ello y conforme los medios de prueba documental los hechos, y conforme a los mismos esta juzgadora concluye que conforme a lo ya analizado y con la prueba documental que si fue diligenciada y que en parte se le ha dado valor positivo, se estima acreditado en este caso un delito contra la vida de ambas víctimas (se omiten los nombres).” (Sentencia Penal, C-01079-2010-01815, 2016, pág. 11)

Agrega la juzgadora en relación al delito de homicidio culposo que:

“...Se ha acreditado su existencia, pues tal como consta en los hechos se estableció que el acusado, debido a su imprudencia al conducirse a excesiva velocidad, dio lugar a impactar en la parte trasera de la plataforma...

...demostrando su poca destreza, aptitud y evidente inexperiencia ocasionando en ese momento la muerte de...

... de esa cuenta la juzgadora, considera que se ha tenido conforme a los hechos, acreditado un delito culposo.”

(Sentencia Penal, C-01079-2010-01815, 2016, pág. 12)

Análisis del caso

Al analizar el contenido de la sentencia surgen varias inquietudes, en principio, la juzgadora, aunque en algún pasaje de la sentencia hace referencia a que el acusado aceptó los hechos de la acusación, en ningún momento le otorga valor probatorio a la declaración del sindicado, lo que sería necesario para tener por cierto su dicho, aunque esto significaría convertirlo en un órgano de prueba, situación de la que se cuidan mucho los juzgadores.

Es decir que, en el presente caso, lo dicho en supuesta confesión por el acusado, carece totalmente de valor probatorio, en virtud que, si no fue analizada la declaración, tampoco fue valorada, y sin valor no puede ser utilizada para motivar o fundamentar un fallo, menos si es de carácter condenatorio.

Se advierte también que, aunque fueron incorporados algunos medios de prueba documentales, los mismos no fueron suficientes para demostrar todos los hechos que la juzgadora estimó acreditados, en especial la estimación que, de la poca destreza, aptitud y evidente inexperiencia del sindicado, para conducir vehículo.

Resulta fuera de comprensión, el hecho de que fue incorporado el informe con el que se acredita que el sindicado poseía licencia de conducir, lo cual implica que la persona ha cumplido los requisitos para adquirir dicho permiso, entre ellos el tener la pericia para conducir; a dicho documento la juzgadora le dio valor probatorio, por lo que debió tener por acreditado que el acusado si tenía la

autorización y por ende la pericia para conducir, pues no es al juez al que le corresponde hacer tal evaluación sobre la capacidad de conducción, sino lo debe corroborar la entidad que extiende las licencias de conducir previo comprobación del examen o de las clases de aprendizaje respectivas.

De lo anterior, surge la duda, con qué documento llegó la juzgadora, a la certeza de que el acusado no poseía destreza, aptitud y experiencia para conducir vehículo automotor.

Otro factor que no consta en ninguno de los documentos a los que le dio valor probatorio la juzgadora, es la excesiva velocidad con que asegura, se conducía el sindicado momentos antes del accidente. En principio porque no existe ninguna prueba científica que pudiera constatar a qué velocidad se conducía el acusado antes del impacto, o bien observarlo en alguna cámara de video con capacidad para calcular la velocidad, o en todo caso, como prueba complementaria, las declaraciones testimoniales de los testigos presenciales, quienes en el presente caso serían los empleados de la Municipalidad, o bien las personas que se encontraban esperando que habilitaran el paso, entre otras. Sin embargo, la juzgadora decidió prescindir de la recepción de peritos y testigos.

Si bien es cierto que existió un hecho de tránsito y esto quedó demostrado con la sumatoria de documentos como croquis, álbum fotográfico, informe de la Municipalidad, acta de levantamiento de

cadáver y reconocimiento médico externo, entre otros, también lo es, que ninguno de dichos documentos, aún los certificados de defunción, acreditan la causa de la muerte, en virtud que no se les dio valor probatorio a los informes periciales de los médicos forenses al no ser ratificados por los peritos respectivos, como consecuencia que sus declaraciones no fueron recibidas por la aplicación del hecho notorio.

Para una mejor ilustración, con el certificado de defunción se acreditan datos de la muerte como día, hora, nombre, entre otros, pero debe acudirse a las ciencias médicas para determinar con especificidad las causas de la muerte, con detalles suficientes como para que un juzgador tome una decisión en sentencia.

Qué pasaría si se diera un caso similar, con la variante que las personas a bordo del vehículo ya estuvieran fallecidas antes del accidente, a causa de envenenamiento o por cualquier otra causa, o bien por causas naturales como un infarto, entre otros, y simplemente se acredita que la muerte fue por accidente de tránsito, y todo por ahorrarse el trámite de recibir la prueba documental indispensable, como los informes de necropsia.

El acusado quedó imposibilitado de ejercer su defensa material y a la vez el defensor de hacer valer el contradictorio y fiscalizar la prueba, especialmente la personal. Situación que, desde todo punto de vista, disminuye las posibilidades de ejercer una defensa adecuada.

Por lo analizado, se evidencia que la sentencia no contiene claridad en cuanto a los razonamientos de la juzgadora, o bien se encuentran incompletos sus razonamientos, toda vez que no hay una explicación de cómo arribó a la certeza positiva de todos y cada uno de los elementos y circunstancias de la hipótesis acusatoria, es decir que la sana crítica razonada no está contenida completamente en la motivación del fallo, incumpliendo además lo ordenado en el artículo 11 bis del Código procesal penal que se refiere a la obligación de los jueces de motivar sus resoluciones.

Además de los aspectos de forma y fondo de la sentencia, se advierte que existió una vulneración del principio de imperatividad, al variarse las formas del proceso, en virtud que el Código procesal penal, es claro, incluso en el orden en que deben ser recibidos los medios de prueba oportunamente admitidos, y es claro además en indicar en qué casos no deben ser recibidos, pero en ningún caso, renunciar la totalidad de órganos de prueba, testigos y peritos, lo que modifica las formas de desarrollo del debate, como aconteció en el presente caso.

Surge la inquietud de los beneficios obtenidos por la aplicación del hecho notorio en el caso concreto, concluyendo que por parte del sindicado no existió ningún beneficio, pues finalmente fue condenado a una pena de prisión de cinco años, dos años más que la pena mínima y el beneficio obtenido, que es la posibilidad de conmutar la pena impuesta por dinero, hubiera podido ser aplicada aún si la condena hubiese sido el resultado de la celebración íntegra del debate, es decir con la recepción completa de la prueba.

De haberse recibido la totalidad de la prueba, esto no hubiese afectado en nada la situación del acusado y posiblemente si lo hubiera beneficiado, con la posibilidad de la aplicación de la pena mínima, en virtud de no existir agravantes que elevaran la responsabilidad del sindicado, y por el contrario, pudieron haber sido analizados aspectos como el hecho de que el acusado poseía licencia de conducir y no iba en estado de ebriedad, que no se pudo establecer con certeza el exceso de velocidad a que se refería el Ministerio Público y que se trataba de horario nocturno.

Quedó también sin acreditación, ni discusión por parte de la defensa, aspectos como la debida señalización que debió poner la Municipalidad, entre otros aspectos, los cuales pudieron ser parte del contradictorio o bien de las conclusiones del defensor, sin embargo, por la aplicación de un hecho notorio, dichas conclusiones no atacan las pruebas.

En cuanto a los supuestos beneficios para el tribunal, sólo se visualiza el posible ahorro de tiempo y de recursos, en virtud que se evitó algunas horas de trabajo en recibir las declaraciones de testigos y peritos, y de valorar posteriormente esa prueba, incluyendo los argumentos y razonamientos sobre la misma en la sentencia, la cual sería mucho más extensa.

Lo mismo acontece con el órgano acusador, quien suma a sus estadísticas una sentencia condenatoria sin el esfuerzo de haber tenido que demostrar el hecho y sus circunstancias como lo establece la ley de la materia.

Pero ni el fallo, ni el supuesto ahorro relativo de tiempo, ni los evidentes beneficios para el Ministerio Público, son, en este caso, de utilidad personal para el sindicado, por el contrario, fueron restringidas las oportunidades para hacer valer su defensa material, que es la que su persona puede aportar.

Segunda sentencia: Causa 01079-2015-00346, dictada por un juez unipersonal del Tribunal Segundo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del departamento de Guatemala, el veintiuno de enero de dos mil dieciséis.

Antecedentes

El caso corresponde a dos personas de sexo femenino que fueron acusadas por el Ministerio Público de la comisión del delito de extorsión, en virtud que según la hipótesis acusatoria, fueron aprehendidas en el momento en que se presentaron a recoger el dinero que anteriormente, en diversas oportunidades, le había sido requerido a la persona víctima, vía telefónica, por una persona de sexo masculino que no fue identificada en ningún momento de la investigación practicada por el Ministerio Público.

La víctima dio aviso a las autoridades, quienes montaron un simulacro de entrega del dinero exigido mediante la supuesta extorsión, para acceder a la aprehensión de las acusadas, quienes fueron llevadas a juicio penal, acusadas del delito de extorsión en calidad de autoras, por el hecho de ir a recoger un supuesto dinero.

Hechos que el juez estimó acreditados

El juzgador estimó acreditado en su totalidad el hecho contenido en la hipótesis acusatoria, con las circunstancias de lugar, modo y tiempo, pero sin indicar en dicho apartado con qué medios probatorios llegó al convencimiento para tenerlos por acreditados.

Prueba diligenciada

En el presente caso la prueba diligenciada es inexistente, en virtud que no fue incorporado ninguno de los medios de prueba que el juzgado de primera instancia había admitido dentro de la fase intermedia, ni siquiera la prueba documental, toda vez que el juzgador decidió omitir o relevar de la recepción la totalidad de la prueba en virtud del procedimiento de hecho notorio que pretendían aplicar.

De los razonamientos que inducen al juzgador a condenar

Indica el juzgador que:

“El fiscal destruyó la presunción de inocencia que beneficiaba a las acusadas, (artículo 14, de la Carta Magna), acordaron con las encausadas y su defensor, la aplicación del instituto del hecho notorio, para resolver el conflicto sometido al juzgador, (artículo 184, del Código procesal penal), condicionado a que las encartadas aceptarán la comisión del hecho, que se

eximirá la revelación de los elementos probatorios de cargo y descargo, testimonial, documental, visual y material, que se sancionará a las acusadas por el delito endilgado de extorsión en grado de complicidad, (artículos 37.4 y 63, del Código penal), por ser éste el grado que se encuadra en el hecho, imponiéndoles la pena de seis años de prisión inconvertible, rebajada en una tercera parte, hace la pena de cuatro años de prisión inconvertible, que se impusiera a las encausadas como medida de seguridad a favor de la víctima, la prohibición a las incoadas para acercarse al inmueble situado en...” (Sentencia Penal, causa 01079-2015-00346, 2016, pág. 10)

Indica además el fallo, que el acuerdo entre las partes incluye la suspensión condicional de la ejecución de la pena por el período de cuatro años y en concepto de reparación digna el pago a favor de la víctima, de mil quetzales, otorgándoles inmediata libertad a las acusadas, tras el pacto de no apelar el fallo, renunciando al plazo de la apelación especial.

Expone que la defensa y las acusadas aceptaron el acuerdo con el fiscal, y agrega:

“El juzgador en síntesis considera que debe resolver el conflicto sometido a su juzgamiento con la aplicación del instituto del hecho notorio, prescindiendo de la revelación de la probanza de cargo y descargo testimonial, documental, visual y material, dictar sentencia condenatoria e imponer a las encausadas la sanción acordada por las partes, cuando las acusadas de marras se declararon culpables de la comisión del delito de extorsión endilgado en su contra...” (Sentencia Penal, causa 01079-2015-00346, 2016, pág. 12)

Análisis del caso

La única forma de destruir la presunción de inocencia que debe acompañar a las acusadas durante todo el proceso, es mediante la convicción de certeza positiva, que debe ser producto de un ejercicio mental del juzgador, en el que aplique su experiencia, su lógica y la psicología, externando sus pensamientos razonados en la sentencia, con las más amplias explicaciones que motiven y respalden su decisión de declarar superada, abolida o destruida la presunción de inocencia, pero sorprendentemente, no existe ninguna prueba diligenciada, analizada y valorada en el presente caso.

Surge la inquietud, ¿Cómo pudo llegar el juzgador, al estado mental de convicción, sin prueba que demostrara el hecho delictivo y que detallara la forma en que fue cometido?, ¿por qué persona o personas?, ¿bajo qué circunstancias?

El juzgador insiste en darle la categoría de instituto al hecho notorio, situación que no se encuentra regulada de esa forma en el Código procesal penal, pues en todo caso el hecho notorio está contenido dentro del capítulo V del libro tercero, que se refiere a las disposiciones generales en relación a la prueba, y únicamente regula como debe procederse cuando un hecho es notorio, de ninguna manera regula o establece un procedimiento instituido como un mecanismo de solución alterna al proceso penal y mucho menos admite la creación de figuras con apariencia de hecho notorio y menos que lleguen a instituirse dentro del proceso penal.

Asimismo, el juzgador no hace mayor razonamiento en cuanto a la culpabilidad de las acusadas, en virtud que no cuenta con elementos de prueba para sustentar sus argumentos, como consecuencia que dispensó la recepción de los mismos, supeditando su labor judicial a un acuerdo entre los sujetos procesales. Cabe mencionar que, a diferencia de la primera sentencia analizada, en esta no se incluye ningún medio de prueba, es decir que la sana crítica razonada, como único mecanismo legal de valoración de la prueba está ausente en esta sentencia, y por ende no existe ningún procedimiento válido que permita la convicción del juzgador.

En la sentencia, se nomina como una aceptación de culpabilidad, a la confesión que se dice, hicieron las acusadas sobre su participación en el hecho, realizada por aparente conveniencia, tras el ofrecimiento de libertad, aunque con condena. Pero en ningún momento el juzgador analiza la declaración de las acusadas, es más, en virtud de no indicarlo la sentencia, se desconoce en qué contexto fueron vertidas tales declaraciones, y si fueron sometidas a interrogatorio y contrainterrogatorio, o bien, si tales declaraciones fueron reducidas a la simple manifestación de aceptación del hecho y de su participación en el mismo.

La aceptación del hecho y de la participación en él, es un requisito del procedimiento abreviado, como presupuesto para que el juez acepte resolver el conflicto penal, por esa vía, pero aun aceptando el hecho, esto no implica necesariamente que la sentencia sea condenatoria, en virtud que pueden recibirse pruebas de descargo que modifiquen la responsabilidad penal o la calificación del delito, y que pueda, incluso, dictarse una sentencia absolutoria, aun con la singular confesión, que dicho sea de paso, es considerada por algunos abogados, como una violación al principio constitucional de abstenerse de declarar.

Sin embargo, en tanto no sea declarado inconstitucional dicho procedimiento, está vigente y es derecho positivo, contrario a la aplicación que del hecho notorio se hace, el cual no existe regulado como procedimiento, únicamente como una figura procesal de breve regulación, por ser suficientemente claro y aplicado

únicamente para extremos sin mayor relevancia en el proceso y cuya comprobación sin pruebas, por su evidente existencia, no influye en la decisión final del juicio.

Volviendo al caso concreto, da la apariencia que el juzgador, sin mayor análisis ni argumentación, se influenció hasta para dictar la pena, quedando en evidencia la falta de aplicación de razonamientos y de suficiente motivación del fallo emitido, y evidenciando además que no existió una aplicación del criterio judicial, únicamente se le dio forma o validez aparente, a la petición del Ministerio Público, en cuanto al sentido y contenido de la sentencia condenatoria.

En cuanto a posibles beneficios, es de resaltar que en esta ocasión el acuerdo previo arribado entre las partes, incluye un beneficio aparente para las acusadas, como lo es la pena que les fue aplicada, que incluye el beneficio de la suspensión condicional de su ejecución. Lo cual provoca analizar, qué aspectos hubieran diferenciado este acuerdo, con un debate llevado conforme el Código procesal penal lo regula, con la recepción y valoración de la prueba, en donde incluso pudieron haber resultado circunstancias que en algún momento favorecieran a las acusadas, y no existe razón por la cual, sin la aplicación del hecho notorio, el juzgador, también hubiese aplicado el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En todo caso la decisión judicial no pudiera haber sido más gravosa, pero si más favorable, para el caso en que los testigos no fueran congruentes con la información que vertieran, o que salieran a relucir circunstancias que evidencien, por ejemplo, alguna presión para que las acusadas fueran a recoger el dinero de la supuesta extorsión, situación que no es ajena al conocimiento general, en cuanto a que ciertos grupos ejercen algún tipo de presión sobre algunos menores de edad y algunas féminas, para obligarlas a recoger los efectos de delitos que ellos cometen.

Por otro lado, aún sin analizar la declaración de las acusadas, a las que les dan el grado de confesión sin ningún razonamiento judicial, convierten en órgano de prueba a las acusadas, y no sólo en órgano de prueba, sino en la única especie de prueba, porque no existe otra, y toda la sentencia se basa y está estructurada sobre la base de un acuerdo que incluye la aceptación del hecho acusado, otorgándole la calidad de un hecho notorio, sin que esté ni cerca de ser un hecho que reúna las características de notoriedad.

Por consiguiente, en este caso también se evidencian carencias en la estructura de la sentencia, en la labor intelectual del juzgador y se evidencia la variación del procedimiento penal legalmente establecido, omitiendo momentos fundamentales, para la administración de la justicia penal y para el cumplimiento de los fines del proceso, establecidos en el artículo cinco del Código procesal penal, como lo es la recepción y valoración de la prueba.

Efectos de la aplicación del hecho notorio

Las sentencias motivadas en hechos notorios han generado puntos de vista antagónicos entre los juristas guatemaltecos, por un lado, están los que defienden su aplicación como Rivera quien manifiesta:

“ El ente del hecho notorio, es una figura de transición, que necesariamente debe abrir el espacio, para estudiar, comprender, diseñar y aplicar la teoría de la negociación lícita de los casos penales, como se mencionó, ausente en la legislación y la práctica forense guatemalteca.” (Rivera, 2016, pág. 7)

Lo anterior se entiende como la necesidad de crear una vía expedita para que pueda aplicarse libremente la figura del hecho notorio en resolución de casos penales, previa negociación entre las partes, asemejándola a un mecanismo alternativo para la solución de conflictos. Rivera incluso recomienda un anteproyecto de ley sobre el tema de la negociación lícita en materia penal.

Por otro lado, los detractores, como Noriega sostienen

“ La responsabilidad penal de una persona jamás puede ser considerada un hecho notorio, no es del conocimiento general, no es un hecho evidente (aunque en muchos casos se afirma lo contrario), el considerarlo implica negar la presunción de

inocencia, presupone una contaminación del juez con respecto a que se encuentra antes del debate en conocimiento de los medios de prueba, niega la objetividad del fiscal y vulnera el derecho de defensa.” (2012, pág. 3)

Aguilar, por su parte, concluye

“...las sentencias condenatorias que toman la declaración como hecho notorio, no son más que un silogismo fundadas en la lógica formal –en el mejor de los casos-lo cual constriñe el imperativo de utilizar la lógica de lo razonable, de llegar a conclusiones válidas mediante el uso de la sana crítica razonada, sin tomar a la declaración del sindicado mediante un argumento a fortiori y considerarla como un medio de prueba, prescindiendo de la producción de prueba que determine su responsabilidad. Esto trae como consecuencia la vulneración de derechos fundamentales regulados tanto en la Constitución Política de la República como en instrumentos de protección a Derechos Humanos y el propio Código Procesal Penal.” (Aguilar, 2013, pág. 213)

Independientemente de las diferentes posturas al respecto, se determinó que la aplicación del hecho notorio es una realidad, considerando las sentencias analizadas obtenidas de diferentes tribunales de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente de la ciudad de Guatemala, todas emitidas por jueces unipersonales, que no obstante de aparentar un beneficio para los acusados, provocan limitaciones respecto a sus derechos y garantías procesales, que los dejan en una mayor desventaja dentro del proceso penal, en donde a pesar de los señalamientos, siguen siendo, junto con las víctimas, las partes vulnerables en el proceso.

El derecho constitucional que tienen los acusados de abstenerse de declarar, debe ser respetado en todo proceso penal, además de la normativa interna ya referida, lo regula la convención americana sobre derechos humanos, conocida como Pacto de San José, al referirse en su artículo 8.2 a las garantías judiciales y entre ellas en la literal g) que el acusado tiene derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

De esa cuenta, la aplicación del hecho notorio inicia con la condición de que el acusado declare contra sí mismo y además se declare culpable, de lo contrario no podría acceder a tal aplicación, lo que hace que desde el inicio se perciban detrimentos en el derecho de defensa y de las garantías judiciales del acusado, quien con la ilusión de resolver su situación jurídica y por lo general, con la presión extra de encontrarse privado de libertad, ve

una oportunidad y decide tomar el riesgo y aceptar el ofrecimiento con apariencia de beneficio.

Por otro lado, el derecho de presunción de inocencia, también se ve afectado, en virtud que como ya se indicó es un derecho regulado en la legislación interna y también en los tratados aceptados y ratificados por Guatemala, como la referida convención, que establece en el artículo 8.2 que “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Es decir, que la única forma en que puede disolverse o destruirse la presunción de inocencia, es mediante la comprobación fehaciente y sin posibilidad de duda, de la existencia del hecho delictivo y la certeza positiva de la participación del acusado en ese ilícito, siendo la única forma legalmente válida para tal efecto, la comprobación por los mecanismo legales, que deben estar previamente establecidos en ley, que no son más que los medios de prueba, debidamente diligenciados en el debate y valorados conforme las reglas de la sana crítica razonada por el tribunal o por el juez unipersonal correspondiente.

Existen criterios disidentes, en el sentido, que vasta la confesión del Sindicato para destruir la presunción de inocencia, criterios que no son compartidos por el autor, considerando que además de la confesión, para llegar a un grado de certeza, son necesarias pruebas complementarias, que ayuden a construir la verdad histórica de cuanto aconteció, siendo válida la confesión

como un punto importante de partida, pero no como el único medio para crear convicción.

En los fallos analizados, se estableció que, aunque en algunos casos les intentaron de dar la apariencia de haber destruido la presunción de inocencia de los acusados, la realidad es diferente, ya que no basta incluirlo en texto, es menester acreditarlo como todo cuanto resuelve un juez, y la sola referencia en la sentencia, sin respaldo probatorio y sin la motivación razonada, no sustituye la obligación judicial de fundamentar sus fallos.

Esta valoración judicial, atañe no solo a la estructura física de la sentencia, sino al proceso de deliberación y valoración de la prueba, que es una etapa obligatoria y fundamental, que sigue al debate, y que es la parte medular que sostiene a un fallo judicial, pues si no hay prueba no hay culpabilidad, o si la prueba no convence no hay certeza positiva, y es esta certeza la que debe exponer de forma amplia y motivada un juez al dictar sentencia. Ya lo indica el artículo 153 de la Ley del Organismo Judicial y los artículos 11 Bis y 389 del Código Procesal Penal.

La falta de la motivación adecuada en la sentencia constituye un vicio, el cual abre la posibilidad de ser impugnada por el Acusado o por cualquiera de las partes, sin embargo, se evidencia en algunas de las sentencias analizadas, que, entre el acuerdo de las partes, incluye la renuncia al derecho de impugnar por parte del sindicado y del abogado defensor.

Dicha renuncia, constituye otra limitante más para los derechos del Sindicato, en virtud que el derecho a impugnar está reconocido tanto en el derecho interno como en la convención ya relacionada, la cual en su artículo 8.1 literal g) que establece el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.

Esta renuncia al derecho de recurrir, no tendría razón de ser si los juzgadores consideraran que sus fallos y su actuar, estuviera completamente fundado en ley, y los procedimientos utilizados en la aplicación del hecho notorio, estuvieran reconocidos y establecidos legalmente. Sin embargo, la renuncia está concebida para que ninguna de las partes interponga el recurso de apelación especial, evitando que la sentencia sea elevada ante un tribunal superior, quién a la hora de examinar el fallo considere su anulación o modificación, en virtud de no haberse respetado todos los derechos de los acusados y sus garantías judiciales.

Ya se hizo referencia a una sentencia de la Corte de Constitucionalidad que refiere que un fallo basado en un hecho notorio, repercute directamente en los derechos de los acusados, especialmente en el derecho fundamental de presunción de inocencia, al no obtenerse la convicción judicial, más allá de toda duda razonable, por medio de la prueba.

El principio de imperatividad es otro aspecto a considerar en los casos de estudio, ya que la ley es clara en que los tribunales y los

sujetos procesales no podrán variar las formas del proceso, ni las de sus diligencias o incidencias.

Sin embargo, en las sentencias analizadas, se presenta con bastante evidencia la transformación que sufre el debate oral y público y por ende el procedimiento penal como lo regula el Código procesal penal, en virtud que se omite o pasa por alto, etapas esenciales, como el diligenciamiento de la totalidad de la prueba ofrecida, el respeto al derecho de fiscalización de la prueba por la parte contraria a la que la ofreció, el contradictorio respectivo, y lo que debe llevar mayor profundidad, el sometimiento de la prueba revelada, a ejercicio intelectual de quien juzga, para dar o restar valor probatoria a la misma, tras el razonamiento lógico y mental correspondiente.

Relacionado de cerca con el principio de imperatividad, se considera también afectado en éste tipo de prácticas tribunalicias, los principios de legalidad y de defensa, establecidos tanto en el artículo 12 de la Constitución Política de la República y en el artículo 4 del Código procesal penal.

Ambos cuerpos legales, son absolutamente claros en que las personas sometidas a juicio, deben ser respetadas en la totalidad de sus derechos sin limitación, y dentro de ellos el derecho a resolver su situación jurídica mediante un procedimiento previamente establecido. Fácilmente se interpreta, que toda variante del proceso establecido es ilegal.

En uno de los caso analizados, el juzgador le nomina vía del hecho notorio, sobredimensionando los alcances que el artículo 184 del Código procesal penal le da al hecho notorio, que es una simple aplicación, como excepción a recibir la prueba en un hecho aislado, pero no como base para la creación irregular de una vía o procedimiento, en torno al hecho notorio, que tenga la fuerza o trascendencia, de modificar el procedimiento ordinario legalmente establecido, y lo que es peor, limitar la recepción de la prueba principal.

Desde luego, la forma en que se han venido resolviendo casos penales tras la figura del hecho notorio, constituye la implementación de un procedimiento no establecido en la ley, y por ende contraviene el principio de legalidad y el derecho de defensa.

No obstante los análisis anteriores, es de considerar que en la práctica, siempre representará un dilema para los abogados defensores, decidir sobre lo que consideran más beneficioso para sus patrocinados, pues el resultado de un debate oral y público es incierto, por la forma en que pueden comportarse los testigos y lo que puede llegar a representar los demás medios de prueba, versus, el ofrecimiento de una libertad segura, basada en beneficios ciertos que puede representar la aplicación de un hecho notorio. Por lo tanto, la decisión final, siempre quedará a criterio profesional independiente de cada defensor, en cada caso concreto.

Referencias Bibliográficas

- Aguilar, J. (2013). Argumentación y sentencia. Apreciación errónea de la sentencia como silogismo y el hecho notorio. Revista del Defensor(8), Guatemala: Unifocadep.
- Alvarez, E. (2009). Introducción al estudio de la teoría general del proceso. Guatemala, Guatemala: Vile.
- Amparo en única instancia, expediente 2762-2014, expediente 2762-2014 (Corte de Constitucionalidad 2014).
- Asamblea Nacional Constituyente. (1985). Constitución Política de la República. Guatemala: Librería Jurídica.
- Cabanellas, G. (1976). Diccionario de derecho usual (Vol. Tomo II). Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.
- Cámara de Diputados del Distrito Federal de México. (2006). Tesis Jurisprudencial(74-2006). México. Recuperado el 5 de junio de 2016, de <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/1000/1000477.pdf>
- Congreso de la República de Guatemala. (1973). Código Penal. Guatemala: Librería Jurídica.
- Congreso de la República de Guatemala. (1992). Código Procesal Penal. Guatemala: Librería Jurídica.

- Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (1979). Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. San José de Costa Rica: Librería Jurídica.
- Matheus, C. (2003). Reflexiones en torno a la función y objeto de la prueba. Recuperado el 5 de julio de 2016, de <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000100010&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.
- Mijangos, M. (2014). Enfoque sobre lo que debe entenderse por un hecho notorio y hace innecesaria la prueba. Diario La Hora. Recuperado el cinco de junio de 2016, de <http://lahora.gt/el-hecho-notorio-se-conoce-de-oficio-y-requiere-prueba/>.
- Noriega, H. (2012). Análisis jurídico sobre el instituto denominado hecho notorio y sobre la legalidad del procedimiento plasmado en sentencias dictadas bajo el amparo del mismo. Recuperado el cinco de junio de 2016, de <https://hansnoriegadefensapublica.wordpress.com/2012/05/14/analisis-sobre-el-hecho-notorio/>.
- Real Academia Española. (1925). Diccionario de la Lengua Española. España.
- Rivera, C. (2016). Acerca del hecho notorio. Guatemala, Guatemala: Chat Organismo Judicial.

- Sentencia Penal, C-01079-2010-01815, C-01079-2010-01815 (Tribunal Quinto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Guatemala, juez unipersonal 20 de enero de 2016).
- Sentencia Penal, causa 01079-2015-00346, 01079-2015-00346 (Segundo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Guatemala, juez unipersonal 21 de enero de 2016).

La necropsia psicológica y otros peritajes

Dra. Gloria Edith Ochoa

Para entender de una forma sencilla y clara el tema “La necropsia psicológica y otros peritajes” se relacionará con un caso real.

María es una mujer de escasos recursos económicos, sencilla, quién vivía con su pareja llamado José Lino. Dicha relación era enferma con altos índices de agresividad por parte de él hacia ella, teniendo un desenlace fatal. A continuación, se presentan los hechos de la vida de María describiendo el caso desde el punto de vista jurídico.

Para defender el caso de María quien fue sindicada del delito de parricidio, por haber dado muerte a su conviviente, se valió de la necropsia psicológica, para la exploración retrospectiva e indirecta de la personalidad y la vida de su conviviente fallecido. También se utilizaron diversos peritajes multidisciplinarios que transmitieron conocimientos científicos, técnicos, y especializados para determinar la condición de María, antes durante y después del delito, así como poder determinar la responsabilidad de la sindicada en el ilícito, la finalidad fue que los peritos interpretaran la evidencia encontrada y presentársela al juzgador. El apoyo al

juzgador se centró exclusivamente en la materia especializada, para enriquecer sus facultades, jurisdiccionales.

Se definió una estrategia de defensa técnica jurídica basada en la teoría de Roxin, quien analiza dentro de lo que denomina la teoría de “la atribución a la esfera de la responsabilidad ajena”¹ y se refiere a los casos en que el accionar de la víctima contribuye a la comisión del resultado, se introduce de este modo, el tema de la “victimodogmática” que encuentra en Jackobs un mayor desarrollo y elaboración en el marco de la moderna teoría de la imputación. Se sostuvo que la producción de un resultado lesivo puede ser atribuido no sólo al autor, sino a la víctima en palabras de Roxin decimos: “un curso lesivo cognoscible para la víctima”.²

En el caso examinado parecen haber confluído estos factores – autor, víctima, aunque cuesta trabajo decir y que se acepte que toda víctima de un delito, no es necesariamente inocente-. Hay una idea estereotipada de la víctima. En muchas ocasiones, la víctima colabora activa o pasivamente, consciente o inconscientemente, dolosa o culposamente en su propia victimización. Por ello, se vio en la necesidad de que hay que superar los esquemas tradicionales entre autor del delito (activo y malo) y la víctima (pasiva y buena).

1 Roxin, Claus, Derecho penal. parte general. Tomo I. fundamentos. la estructura de la teoría del delito” 3ª edición, Madrid: Editorial Civitas, 1997 p 402 traducción y notas Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesa.

2 Jakobs Gunter, Derecho penal parte general y fundamentos de la teoría de la imputación 2ª edición; Madrid, Editorial Jurídicas y Sociales, 1997 p 166, traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo.

Desde este enfoque se determinó que existía en María y José Lino, una relación continua de tipo sadomasoquista de veinte años. Estos comportamientos desarrollaron una agresividad creciente y cuando sobre pasó un cierto límite de intensidad, resultó una agresión con resultado de muerte. El azar determina quién resultará víctima y cuál será el criminal.

La hipótesis que nos planteamos fue que la provocación activa (consciente o inconsciente), de este tipo de víctimas instigadoras que provocan con su actitud, sus gestos o su conducta, generan o precipitan respuestas delictivas en el victimario que llega a perder el control o se ve impulsado a defenderse. Pues la supuesta víctima pone astutamente al victimario en una situación de pérdida de control.

Para comprobar la hipótesis utilizamos la autopsia psicológica, la que suele definirse como: “Un método de investigación retrospectivamente de las características de la personalidad y las condiciones que en vida tuvo un individuo, teniendo como objetivo acercarse a la comprensión de las circunstancias de su muerte”³. En el campo forense nace la expresión, la metodología científica utilizada para validación de la necropsia psicológica, fue desarrollada por el Ministerio de Salud Pública y el Instituto de Medicina Legal de Cuba a través de tres investigaciones realizadas durante el período de 1990 a 1996 en víctimas de suicidio, homicidio y accidente, las

³ Núñez de Arco, Jorge, Psiquiatría forense, 1° Edición, editorial Proyecto ciudad universitaria Sucre-Bolivia 2004, p 111

cuales demostraron que recurrir a terceras personas para obtener información de fallecido resulta confiable, que el método es viable y el instrumento es aplicable y generalizable.

Siguiendo el método de las entrevistas en primer lugar, personas allegadas en cercanía al sujeto a investigar, desde el foco u origen del hecho, hacia fuera, hacia los contornos, en círculos concéntricos a la persona investigada. Entre los familiares cercanos se entrevistó al señor Salomón padre del difunto al respecto para ilustración se transcribe parte de su información:

“sólo vivían peleando con ella (sindicada) y yo los apartaba... cuando le pegaba a María me metía... dice; a mi me traba bien solo cuando se le iba la onda, nació el 28 de diciembre, el día de los inocentes talvez por eso le patinaba el coco... yo lo regañaba...⁴ entre los vecinos entrevistados se identificó a Agustina quien relato: “la señora trabaja y sale a vender, pero solo peleando se la pasan, yo miro como se pelean y le pega a la señora, algunas veces le pone morada la cara cuando se pelean y la suegra ni siquiera le ayuda, nada sigue... el hombre como maltrata, los gritos... somos puros vecinos, la señora

4

Informe de necropsia psicológica de fecha 15.09.209 suscrito por el licenciado Rodolfo Fuentes

se va todos los días temprano a vender, continua por la noche con su lavado hace la cena y empieza a trabajar hacer la venta de comida para vender como a las siete de la noche, se va a vender y cuando se va... el señor empieza a alegar que anda con otro hombre, en cambio el señor se esta en la casa sentado como que no tienen familia como no tiene mujer..."yo nunca había escuchado un hombre así de la como él, todo el tiempo andaba con arma era alto, ella más baja, blanco, cuando bebía era mas enojado, la mujer como grita, hasta los niños como gritan como el susto, finaliza agregando... Toda la gente de aquí abajo nadie lo quiere muy bravo el hombre mucho problema el casi nunca vivía en paz con la mujer..." El psicólogo forense Rodolfo Fuentes concluye en el informe: ..." en este caso el presente estudio me permite inferir que el señor Maximiliano presenta un perfil altamente significativo en esta característica, es decir, es una persona de alta peligrosidad social".

Cabe agregar que como técnica pericial surgió en los EE.UU. como una necesidad administrativa de definir la etiología médico legal en

los casos de muertes dudosas donde no se contaba con los elementos suficientes para afirmar si se trataba de un suicidio o un accidente. A criterio personal es una pericia muy sofisticada y especializada, que precisa de un trabajo en equipo; junto a trabajadoras sociales, y peritos culturales de género, siguiendo la teoría de la “complejidad” planteada por el doctor Núñez⁵ pues es imposible estudiar al hombre desde una sola perspectiva, por tal motivo, para implementar el procedimiento de la autopsia psicológica es necesario un grupo interdisciplinario de expertos que aporten sus conocimientos para conseguir un mejor análisis de las condiciones, relaciones, comportamientos y situaciones de un ser humano muerto y su conviviente. El estudiar al hombre desde una sola dimensión sería un error, ya que nadie puede negar la diversidad de instancias por las que se encuentra atravesando la vida de un ser humano.

Por ello, cobra relevancia los peritajes realizados a la sindicada, los que además de concatenar la información de la necropsia psicológica, develan la situación de la sindicada quien al entrevistarla relato “convivió con el ahora fallecido por espacio de veinte años, pero que en realidad fue todo un martirio, refiriéndose a la última noche que pasaron juntos indicó: “no me dejé que me violara peleamos me lastimó y me decía: “las piedras se chocan” te voy a dejar el estomago como colador no dejaba de amenazarme que me iba a matar, yo lloraba mis hijos se asustan y se

5 Núñez de Arco, Ob. Cit. p. 182

enferman por eso no me aguantaba... :⁶ Al ser evaluada por la psicóloga forense, concluyo: “La paciente se encuentra en un periodo de disociación temporal como consecuencia del estrés post-traumático que sufre por la intensidad del suceso vivido en el mes de mayo⁷” No cabe duda que es de relevancia la intervención a los psicólogos quienes son los peritos idóneos para efectuar los estudios de personalidad, así como también para determinar el impacto de la violencia en la mujer víctima, las capacidades, habilidades, lo hacen desde dos aspectos principales:

Psicológicos: Para distinguir estados emocionales, comportamientos y alteraciones en la conducta. (Síndrome de Mujer Agredida)

Sociales: Sirven para señalar la relación en el grupo y la aceptación de normas y valores. (Perfil Antisocial)

Las elaboraciones de los dictámenes psicológicos requieren la aplicación de técnicas psicometrías estandarizadas. La intervención se realiza en dos fases:

- Aplicación de pruebas psicométricas.
- Interpretación de resultados contenido en las conclusiones de los informes psicológicos.

6 Entrevista sindicada 9-05-2008, cárcel de mujeres Santa Teresa, Guatemala,

7 Informe psicológico suscrito por Berta Alicia Pacheco de fecha 16-06-2008

Lo importante al final del proceso psicológico es que el juzgador tiene certeza sobre un perfil psicodinámico del ilícito, es decir, desentraña desde el punto de vista psicológico, los móviles que indujeron a la comisión del delito.

En el apartado de apreciación social la perita refirió: “de conformidad con la investigación realizada en el presente proceso la sindicada es una persona socialmente sana quien no representa peligrosidad social en la comunidad, víctima de violencia intrafamiliar.”⁸

Cabe agregar que la incorporación de la perspectiva de género en la función interpretativa implicó necesariamente la elaboración de una estrategia de conocimiento de las variables de género, hacia los juzgadores a fin de irlos imponiendo de las discriminaciones que la legislación contiene hacia las mujeres y de las formas más efectivas para lograr un cambio en los paradigmas de la interpretación de las normas jurídicas. Es decir, interpretar con perspectiva de género, necesito de la apropiación de los instrumentos de análisis de lo que significa “Enfoque de Género”. Y es precisamente en ello, donde se concentró la labor del defensor público al utilizar el peritaje cultural de género el cual fue admitido por el Tribunal.

En el caso de la sindicada, se utilizaron variables de Género que visibilizaron entre otras variables el autoestima y al respecto se dijo: “No creo que se pierda el autoestima sino que se forman subestimadas, culturalmente la mujer ha sido formada en una zona de

8 Informe de trabajo social de fecha 05.06.2008 suscrito por licenciada Silvia Navarro

subordinación se le enseña desde pequeñas qué lástima que no fuimos hombres, que la mujer desde el nacimiento celebra más el nacimiento de un hijo varón que el de una mujer, definitivamente es cultural que las mujeres no crean que son personas dignas”...⁹

El peritaje cultural de género, versó sobre las relaciones de género y violencia intrafamiliar : “María en el momento del hecho por sufrir el síndrome de mujer agredida sabía la proximidad del ataque de su conviviente, y ante el miedo de perder su vida, toma lo primero que tiene a la mano y ataca muy común en mujeres que sufren violencia intrafamiliar no fue por venganza no tenía un objeto o armas dispuesta para cometer el hecho, todo se da por defensa de su vida, y un cúmulo de emociones provocadas por la violencia de todo tipo que vivió durante veinte años, a lo interno de su hogar, en que apariencia para muchas mujeres es el lugar más seguro para vivir libre de violencia”¹⁰. El peritaje de género identificó las formas en que se manifiesta el sexismo en el delito, recogió el androcentrismo en la normativa penal o en los hechos fácticos, y los denunció. Identificó la forma en que los operadores de justicia tienden a invisibilizar la situación de la mujer, de ver lo femenino, o la invisibilización de la violencia. El peritaje de género postuló eximentes penales tomando en cuenta la conducta de la mujer.

El juzgador resolvió: A este respecto, cabe hacer mención que la acusada es conviviente del difunto, quien por espacio apróximado de veinte años, sufrió de agresiones violentas de carácter físico

9 Acta de debate obra expediente 61-2008 del tribunal tercero de sentencia penal, Guatemala

10 Peritaje cultural de género, de fecha 16-06-2008 suscrito por Milagro López Aguilar

psicológico económico, resultando como agresión final la última noche del seis de mayo del año dos mil ocho, cuando el ofendido ingreso a la vivienda de éstos en forma violenta y con el ánimo de eliminar físicamente a la señora Chocajay, por lo que, quedó probado, con las declaraciones testimoniales, ya relacionada, peritajes de género, trabajo social y psicología recibidos y ratificados en este juicio que la acusada actuó en “legítima defensa”, por lo que la ley estima que existe una causa de justificación que la exime de la responsabilidad penal, por lo tanto así debe declararse. Por lo que a criterio de este Tribunal, no es factible emitir un fallo de condena en cuanto a este delito, por las razones ya consideradas¹¹

Para concluir se puede decir que la necropsia psicológica es la exploración retrospectiva e indirecta de la personalidad de la vida de una persona ya fallecida, se trata de hacer una evaluación después de la muerte, de cómo era la víctima en vida, su comportamiento y estado mental, tras una reconstrucción social, psicológica postmortem. En el caso citado nos sirvió para establecer hasta qué punto el occiso pudo provocar las circunstancias en las que murió, colocándose en una situación que podría haber evitado, para ello fue indispensable, la intervención de otras disciplinas de las ciencias sociales, como trabajo social, la psicología, y los peritajes culturales de género, quienes cumplieron el fin propuesto de poder analizar desde la construcción social de género, la conducta de la víctima y la victimaria en el contexto del delito.

11 Sentencia judicial de fecha 23.02.2010

Referencias bibliográficas

Libros:

- Jakobs Gunter, Derecho penal parte general y fundamentos de la teoría de la imputación 2ª edición; Madrid, Editorial Jurídicas y Sociales, 1997, traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo.
- Roxin, Claus, Derecho penal. parte general. Tomo I. fundamentos. la estructura de la teoría del delito” 3º edición, Madrid: Editorial Civitas, 1997, traducción y notas Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesa.
- Núñez de Arco, Jorge, Psiquiatría forense, 1º Edición, editorial Proyecto ciudad universitaria Sucre-Bolivia 2004

Informes:

- Necropsia psicológica de fecha 15.09.2009 suscrito por el licenciado Rodolfo Fuentes.
- Psicológico suscrito por Berta Alicia Pacheco de fecha 16-06-2008
- Trabajo social de fecha 05.06.2008 suscrito por licenciada Silvia Navarro.
- Peritaje cultural de género, de fecha 16-06-2008 suscrito por Milagro López Aguilar.

Actas:

- Debate obra expediente 61-2008 del tribunal tercero de sentencia penal, Guatemala

Expediente

Causa: 61-2010 del tribunal tercero de sentencia penal, Guatemala.

El control social formal

M.A. Luis Enrique Quiñonez Zeta

Aproximación a las bases del control social formal en la sociedad guatemalteca

En la historia jurídica guatemalteca se observan tres ocasiones de transferencia de cultura jurídica, tal es el caso de la invasión española en el siglo XVI, cuando los españoles preocupados por el estado legal de dominio en las nuevas tierras, acuden a la autoridad del papa, quien otorga los “justos títulos”, que darían lugar a disponer de las tierras y de sus habitantes, dando paso al repartimiento, la encomienda y a las reducciones (Lujan Muñoz: 1977; Pág. 5-7, 305); el Derecho liberal “moderno” en el siglo XIX, que en América tiene sus antecedentes en la Declaración de Derechos de Virginia, del 12 de enero de 1777, junto a la Constitución de los Estados Unidos de Norte América, firmada el 17 de septiembre de 1787, y la revolución Francesa 1789-1799 (Brenes Córdova: 1929; Pág. 192-286); y en la actualidad, siguiendo a Silva Sánchez (1999: 63-64), el derecho de la globalización y de la integración supranacional, cuando se refiere a que:

“...el Derecho penal de la globalización y de la integración supranacional, será un derecho desde luego crecientemente unificado, pero también menos garantista, en el que se flexibilizarán las reglas de imputación, y en el que se relativizarán las garantías político-criminales, sustantivas y procesales. En este punto, por tanto, el Derecho penal de la globalización no hará más que acentuar la tendencia que ya se percibe en las legislaciones nacionales, de modo especial en las últimas leyes en materia de lucha contra la criminalidad económica, la criminalidad organizada y la corrupción...”.

En cada ocasión, es elemento común, la imposición, dominación y control social, por medio de la fuerza de las armas, cuando emigrantes o colonizadores llevan consigo a tierras extrañas sus normas legales; pero también, cuando a un pueblo se le obliga, por adhesión a intereses políticos y económicos, a desarrollar y aplicar disposiciones legales, sin tomar en cuenta las circunstancias particulares de su entorno cultural.

En una sociedad organizada el Estado detenta el control social institucionalizado, toda vez que el Estado se encuentra en relación directa con la estructura del poder existente, el cual para nuestro caso se encuentra sustentado en la Constitución política de la

República de Guatemala, es así que el artículo 141 de la Carta Magna indica:

“La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial (...)”

De esa cuenta, para nuestro medio, son los organismos del Estado la forma más visible y clara del sistema de control social institucionalizado.

Sobre estas bases se advierte la penetración de la ideología de control social en la legislación vigente, y que, para el caso del presente análisis, se circunscribe al control social formal mediante el derecho penal. Este control social institucionalizado con discurso punitivo, se manifiesta a través de las instituciones que básicamente lo desarrollan, así: el Ministerio Público (artículo 251 CPRG), los tribunales (artículos 203-222 CPRG), las instituciones penitenciarias (artículo 19 CPRG), entre otras.

En este sentido, el derecho penal se constituye en una forma de control social formal, a la cual el Estado confía los bienes jurídicos más trascendentes de la sociedad, al menos los que la anuencia social considera como de mayor aprecio, y ello lo hace, sin duda, porque sabe que quien resuelve atentar contra tales valores sufre de la reacción del sistema jurídico, la cual será la más severa, la más violenta, y que, por ende, afrontará graves consecuencias. De esta manera se conforma el discurso que con frecuencia se

conoce como el *ius puniendi* o potestad punitiva del Estado, el cual como protector de bienes jurídicos se advierte en el artículo 17 de la Carta Magna, el cual indica:

“No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. (...)”.

Esta disposición, acreditada dentro del marco del principio de legalidad, formaliza la reacción penal, en cuanto al delito y en relación con las penas, y que, para el efecto, por un lado, se dirige a los jueces (mera legalidad) para la realización y el sometimiento a la ley; y por otro, dirigido al legislador (la estricta legalidad), propuesta como una técnica legislativa específica en la creación de la ley penal.

No obstante, a este derecho violento, agresivo y libre de toda compasión (Muñoz Conde, y García: 2000; 29), los hombres se han preocupado y ocupado de buscarle límites, así se trabajó y sigue trabajando en la creación de las más complejas construcciones de derechos fundamentales; en la celebración de tratados multilaterales, e incluso, se financia el establecimiento y operación de tribunales de jurisdicción internacional que, entre otras cosas, buscan sancionar los excesos cometidos en nombre de supuestas luchas etiquetadas como legítimas, es decir, de lo que se trata es de lidiar con el exceso, el abuso y las conductas arbitrarias

realizadas al amparo de la detentación del poder punitivo, mismas que bien pueden derivar de la propia ley.

Estos derechos y garantías fundamentales, propias de un Estado de derecho, se representan en los principios de legalidad, de intervención mínima, de culpabilidad, el derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial y a no declarar contra sí mismo, entre otros; los cuales en ciertos momentos de la historia se han relativizado.

En el caso de la legislación penal guatemalteca se observa que el Estado, en los últimos años, está acudiendo con mayor frecuencia al derecho penal para el tratamiento del conflicto social. Esto en doctrina se ha denominado como la expansión del derecho penal o simplemente la búsqueda de un sistema de represión del conflicto social mediante el derecho penal. Este fenómeno expansivo ha tenido sus vertientes más notables en lo que se ha denominado el derecho penal simbólico, y el denominado derecho penal punitivo, es decir que se busca solucionar los conflictos sociales a través del establecimiento de nuevos delitos (simbolismo), y, además, por medio de la elevación de penas en los delitos ya existentes (punitivismo), lo cual es la expresión más clara del derecho penal del enemigo.

El Derecho penal del enemigo

En la doctrina penal contemporánea la discusión sobre el Derecho penal del enemigo (Zaffaroni: 1998, 618) ha venido relacionada a

los trabajos presentados por el jurista alemán Günther Jakobs (Del Valle: 2001; 597); en primer momento, en 1985 en un congreso celebrado en Frankfurt, en el contexto de una reflexión sobre la tendencia en Alemania hacia la criminalización en el estado previo a una lesión del bien jurídico. En esta ponencia se manifiesta Jakobs, sobre la necesidad de separar, en caso excepcional, al Derecho penal del enemigo del Derecho penal de los ciudadanos, con el fin de conservar el Estado liberal.

Y luego en la conferencia en el Congreso de Profesores de Derecho Penal en 1999 en Berlín, surge una segunda fase orientada hacia delitos graves contra bienes jurídicos individuales, en la cual, entre otros, propone una diferenciación entre el derecho penal del ciudadano dirigido a personas, quienes serían el ser humano que normalmente guarda fidelidad al ordenamiento jurídico (Cancio: 2006; 43-44), y el derecho penal del enemigo destinado a no personas, quienes pierden esa calidad al colocarse en forma permanente al margen del sistema, y atacar de manera constante las bases fundamentales del Estado (Cancio: 43-44). De esa forma el jurista ha desarrollado desde ese entonces los presupuestos filosóficos para explicar dogmáticamente el llamado Derecho penal del enemigo. Su trabajo queda plasmado en “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, el cual es traducido al castellano en el año 2003 (Polaino-Orts: 2006; 27-47).

El Derecho penal del enemigo se caracteriza (Cancio: 2006; 109-111):

- Se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad. La referencia del discurso político criminal se desarrolla en la pretensión de evitar hechos futuros y, en consecuencia, actos que desde el Derecho penal liberal se califican como meramente preparatorios y no punibles.
- Las penas previstas son desproporcionalmente altas. La existencia de penas excesivamente altas se establece en función de asegurar la exclusión y el control del “enemigo” por el mayor tiempo posible.
- Determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso, suprimidas. En este sentido es común que se extiendan los periodos de prisión como resultado de la pena privativa de libertad, pero también, la prisión preventiva, la incomunicación del detenido, la intervención de comunicaciones, investigaciones secretas, en general la flexibilización o reducción de las garantías procesales.

Günther Jakobs señala (Cancio: 2006; 43-44) que el derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones, por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera que éste exteriorice su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo de su peligrosidad.

Es decir, ya no es el hecho perseguido, sino la persona por su peligrosidad. Bajo esas circunstancias el delincuente se convierte

en un enemigo que no goza del estatus de ciudadano, por esa razón, en unas ocasiones se le limitan, y en otras se le suprimen sus garantías procesales, ante la traición al derecho que protagonizó al violar la norma penal. De esa manera, cuando el Estado priva del goce de las garantías y derechos fundamentales a los ciudadanos que son sometidos a un proceso penal, los presenta como sujetos que deben estar desprovistos de las garantías propias del Estado de derecho, puesto que su comportamiento da como resultado que se les conciba como personas que han decidido abandonar en forma voluntaria el Estado de derecho, y por lo tanto el Estado los concibe como enemigos del sistema.

Tal apreciación por parte del sistema, y que de antemano debe ser totalmente rechazada, tiene como resultado que, para lograr los objetivos persecutorios de la Justicia penal, no hay límite, y esto permitiría contener el avance de ciertas formas de criminalidad. Estas apreciaciones por parte del sistema se dan en detrimento del sistema de garantías y derechos fundamentales, propios de un Estado de derecho, y conducen a postulados de desigualdad ante la ley; pero, además, de manera muy rudimentaria esconden las verdaderas causas que conducen al conflicto social, que, en todo caso, son propias del sistema económico-político-social en el cual se desenvuelven nuestras sociedades de consumo.

En Guatemala se advierte un conjunto de normas, producto del Derecho Penal de la globalización y de la integración supranacional, que se observa, que se aglutinan dentro de la categoría

del sistema de aplicación del derecho penal del enemigo para la sociedad guatemalteca, que como bien ha quedado advertido, desarrolla la relativización de los derechos y las garantías procesales, como una manera irreflexiva del Estado leviatán de dar solución al conflicto social; tiende a la desproporcionalidad de las penas en relación al principio de reinserción social; y tiende, a la punición de los “estados peligrosos”.

Elementos del Derecho Penal del Enemigo en la Legislación Guatemalteca.

A mediados del siglo XX con la formación de la Organización de Naciones Unidas -ONU- posterior a la segunda guerra mundial, se establece un sistema de organización jurídico-político de la comunidad internacional, el cual se desarrolla por encima de los Estados parte. Un órgano de sensible interés, en naciones unidas, es el consejo de seguridad, el cual está integrado solo por algunos Estados, como Estados Unidos de Norte América, Rusia, China, Francia, Gran Bretaña, y los miembros no permanentes, los cuales son elegidos cada dos años por la asamblea. Así también, se distingue en este nuevo derecho internacional otros niveles o ámbitos regionales, que, para nuestra región, se origina con la creación de la Organización de Estados Americanos –OEA-.

En este orden de ideas, en el plano jurídico-político se ha generalizado el desarrollo de legislación globalizada que los Estados partes deben adoptar en virtud de los pactos y tratados internacionales, y que se da por constituir una especie de super

derecho o supra-derecho, por encima de los derechos nacionales de cada uno de los Estados, que de hecho debe ser, de una u otra forma, incorporado como derecho interno, lo que constituye una verdadera transformación de la noción de soberanía nacional en el plano jurídico. Algunos ejemplos de ello, para lo que corresponde en el plano político criminal, los encontramos referidos en los considerandos de algunas de las leyes que han sido creadas en los últimos veinte años; para el caso de nuestro estudio, y entre otras:

- “Que el Estado de Guatemala ha aceptado, suscrito y ratificado diversos tratados internacionales que lo comprometen a luchar contra el narcotráfico y ...”, **Decreto número 48-92** del Congreso de la República de Guatemala, Ley Contra la Narcoactividad;
- “Que el Estado de Guatemala ha suscrito y ratificado tratados internacionales con el compromiso de prevenir, controlar y sancionar el lavado de dinero u otros activos...”, **Decreto número 67-2001** del Congreso de la República de Guatemala;
- “Que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, suscrita por Guatemala con fecha 12 de diciembre de 2000 y aprobada mediante Decreto número 36-2003..., comprometiéndose el Estado de Guatemala a adoptar las medidas legislativas

correspondientes...”, **Decreto número 21-2006** del Congreso de la República de Guatemala, Ley contra la delincuencia organizada;

- “Que Guatemala aprobó por medio del Decreto ley número 49-82 la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y a través del Decreto Número 69-94 la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, y como Estado parte se obligó a adoptar todas las medidas adecuadas para modificar o derogar leyes, reglamento, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer, y emitir todas aquellas leyes que sean necesarias para tal fin.”, **Decreto número 22-2008** del Congreso de la República de Guatemala, ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer;
- “Que Guatemala es firmante de las convenciones de las Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada transnacional, Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, municiones,...donde Guatemala se comprometió a generar las medidas legislativas necesarias...”, **Decreto número 15-2009** del Congreso de la República de Guatemala, ley de armas y municiones.

De esa manera podríamos enumerar una larga lista de leyes que tienen como resultado crear nuevos tipos penales, pero también,

el aumento de las penas en los tipos penales ya desarrollados, como consecuencia de la adhesión a órganos supranacionales.

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico guatemalteco, la política criminal del Estado, necesariamente debe orientarse a partir de la Constitución política de la República de Guatemala, y naturalmente atendiendo a lo que para el efecto establecen, en su orden, los artículos 44 y 46, respecto a que: “Los derechos y garantías que otorga la constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.”, “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.”..., en este sentido se consagra un discurso de garantías constitucionales, necesario para la consolidación de un Estado de derecho, aunque encontramos en la realidad severas contradicciones con la operatividad de un sistema penal y procesal penal, que toma la propuesta de un derecho penal del enemigo.

Si bien es cierto la Constitución Política de la República de Guatemala contiene derechos tales como el de debido proceso, el derecho a ser juzgado de acuerdo con la ley preexistente, los principios de legalidad, de defensa, de inocencia y el *in dubio pro reo*, entre otras, también se observa, que se ha materializado una tendencia a la producción de nuevos tipos penales, pero también, reformas a las leyes penales ya existentes, que con un discurso orientado a la mayor protección y seguridad de la ciudadanía,

tienden a crear una mayor cantidad de conductas prohibidas, que en sus marcos penales desarrollan un aumento en sus mínimos y máximos, lo que significa penas más severas. Con esto se pretende, como hace referencia Silva Sánchez (Silva: 2001; 25 ss.), introducir la idea sobre la protección de nuevos bienes jurídico penales, y con el aumento de las sanciones ya previstas, una mayor seguridad.

Con estas tendencias, el legislador guatemalteco va orientando de un modelo minimalista del derecho penal, que se dirige principalmente a la protección de los bienes jurídicos tradicionales, tales como la vida, la integridad sexual y la propiedad, entre otros, hacia una expansión del derecho penal, y que en general, una parte de la doctrina realiza severa crítica, en el sentido de que dicha ampliación de la intervención penal resulta una intervención abusiva y arbitraria del Derecho Penal en esferas ajenas a la intervención tradicional de este sistema (Bustos: 1996; 4).

Aludiendo al fenómeno referido, se presentan en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco, normas caracterizadas porque el punto de referencia no es ya el hecho cometido, sino el hecho futuro; así también, un incremento en el máximo y mínimo de las penas, de modo desproporcionado al hecho cometido, y la flexibilización o incluso supresión de garantías jurídicas del proceso penal, que están destinadas a aplicarse a ciertos sujetos, y en este sentido se considera que el sindicado se encuentra ante el denominado derecho penal del enemigo, que en su versión moderna

presentada por Jakobs, permite observar la separación del derecho penal, en uno para el denominado ciudadano –persona-, y otro, para el denominado enemigo –no persona-, lo que ha llegado a desarrollar extremos totalmente opuestos, como suele señalar Bustos Ramírez (Bustos: 196; 4).

En este punto, como ha quedado desarrollado, es preciso anotar que se hace una diferenciación, donde se observa un cuadro de derecho penal que va dirigido a un tipo de sujetos –persona-, con diferencia a un segundo cuadro de derecho penal que se dirige a otro tipo de sujetos –no persona-, que como hemos dicho se caracteriza por penas más severas, la visión hacia un hecho futuro, y la poca aplicación de las garantías judiciales; actuando éstos cuadros, por su naturaleza distintos, en un mismo ordenamiento jurídico.

De tal manera que el discurso Estatal va dirigido, por un lado, a establecer la eficacia y eficiencia del sistema penal –relativización de los derechos y las garantías procesales, punibilidad de los “estados peligrosos”, y severidad de las penas-, so pretexto de la lucha contra fenómenos criminales especialmente organizados y, por otro lado, “el relativo” respeto de las garantías y derechos de los ciudadanos.

Un ejemplo del discurso dirigido a relativizar las garantías procesales se desarrolla en la sentencia de fecha doce de agosto de mil novecientos noventa y dos, dentro del expediente No. 68-92,

de la Corte de Constitucionalidad, contenido en La Gaceta No. 25, página 22, el cual se analiza de la siguiente manera.

La Constitución Política de la República de Guatemala agrupa los derechos humanos dentro del título II, y en el capítulo I bajo el acápite de derechos individuales, los derechos civiles y políticos. En el capítulo en referencia, se desarrollan las denominadas garantías judiciales, que en el entendido de la Corte de Constitucionalidad indica:

“...Esta Corte advierte que los derechos individuales contenidos en la parte dogmática de la Constitución, no se conciben en forma absoluta, sino que las libertades están sujetas a la ley, la que establece los límites naturales que dimanen del derecho real e incontrovertible de que el individuo vive en un régimen de interrelación...”

Aseveración que da lugar a que las mismas garantías judiciales se relativicen dando paso a que en un momento y espacio histórico determinado se implemente una serie de normas jurídicas excepcionales, que para el caso que nos ocupa, estas son dirigidas a un tipo de sujetos determinados.

En este sentido las garantías básicas carecen de sentido cuando pretenden ser aplicadas a sujetos determinados, a quienes la doctrina se refiere como enemigos –no persona-, dado el caso,

que de modo alguno favorecen un comportamiento que ha sido determinado y calificado como carente de seguridad para la sobrevivencia del Estado. Se habla de un Estado que es parte de la compleja realidad, y que justifica el discurso de legitimidad mediante el desarrollo de una normativa penal que se proyecta como “emergencia” frente a las exigencias de seguridad.

Otro ejemplo queda incluido en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, en el capítulo I, que se refiere a las garantías judiciales, es otro ejemplo de cómo las garantías judiciales se relativizan, dando lugar a que se introduzca normativa en la cual se identifique que el punto de referencia no está marcado por el hecho cometido, sino más bien se agrega la carga de la supuesta protección a un hecho futuro; así mismo, con gran carga del derecho penal del enemigo, esto cuando se indica que:

“El sistema penitenciario debe de tender a la readaptación social y a la re-educación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos, con las siguientes normas mínimas...” y la Corte de Constitucionalidad -opinión consultiva emitida a solicitud del Organismo Legislativo, Gaceta No. 3, expediente No. 170-86, página No. 2, resolución de fecha 28/01/1987- se manifiesta en los siguientes términos: “...El espíritu del artículo 19 Constitucional se

refiere expresamente a “readaptación social”, esto es, a un eficaz tratamiento del recluso orientado a su readaptación social y reeducación.

Para la readaptación han existido distintos sistemas, entre ellos, el progresivo, a través de un seguimiento de la conducta y el de individualización científica; pero ambos casos se refieren a sistemas a practicar en los establecimientos penitenciarios. Lo que aquí decimos coincide exactamente con el texto del mismo artículo 19 comentado que finaliza diciendo: ...y a la reeducación de los reclusos y cumplir con el tratamiento de los mismos... Las normas mínimas para ese tratamiento, las desarrolla la Constitución en los incisos a), b), c) del comentado artículo 19, y ninguno de ellos se refiere a reducciones en las penas sino a tratamiento institucionalizado. *No es a través de una rebaja general de penas, como pueden alcanzarse las condiciones mínimas que permitan la reeducación y re inserción social del condenado a la pena privativa de libertad, y aunque no sea esta pena la panacea que va a resolver el problema de la antisocialidad, por el momento nuestra política criminal no*

tiene más remedio que seguir recurriendo en gran número de casos a este tipo de sanción...” (la cursiva es del autor).

En la escena fáctica del discurso político guatemalteco, el discurso de seguridad se basa en que el enemigo –no persona- se caracteriza por una conducta cotidiana contraria a derecho, lo que resulta potencialmente lesiva de los derechos de los ciudadanos, es la manera en la cual el sujeto se excluye de su condición de persona que va apegado al respeto de los deberes básicos con las otras personas, y por lo tanto, al acatamiento de condiciones, según la opinión consultiva en referencia, “que permitan la reeducación...”. Según el sistema jurídico político, el enemigo no ofrece expectativas de conducta puesto que no orienta su conducta conforme a derecho, lo que da como consecuencia que con su conducta se niegue el derecho, lo que ya se plantea como un reto al orden jurídico y que hay que combatir –leyes de combate-.

En este orden de ideas, la garantía constitucional se relativiza, cuando se realiza una interpretación que tiene como resultado al aumento de las penas de prisión, cuestión que se realiza a través del Decreto 20-96 del Congreso de la República de Guatemala, que reforma el artículo 44 del código penal, el cual cuando al hacer referencia a la pena de prisión indica: “...Su duración se extiende desde un mes hasta cincuenta años.”. Como se podrá observar se aumenta el máximo de pena privativa de libertad hasta un máximo de cincuenta años, cuando antes de ser reformada la

norma, esta se contenía en un máximo de treinta años de prisión. Dicha modificación tiene como resultado que una serie de delitos, tales como el secuestro, asesinato, parricidio, entre otros, tenga penas de prisión hasta cincuenta años, relativizando el sentido esencial del artículo 19 de la Constitución Política de la Republica, puesto que antes de la reforma la pena máxima de prisión no superaba los treinta años.

La relativización de los derechos humanos, dentro del título II, capítulo I bajo el acápite de derechos individuales, los derechos civiles y políticos, en el cual como se ha indicado, se desarrollan las denominadas garantías judiciales, ha dado lugar al fenómeno de expansión del derecho penal. Un ejemplo de esto se encuentra en el Decreto número 22-2008 ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, el cual contiene descripciones penales tales como la de femicidio que indica: “Comete el delito de femicidio quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombre y mujer, diere muerte a una mujer, por su condición de mujer...”, y la de Violencia contra la mujer, en la que se describe:

“Comete el delito de violencia contra la mujer quien, en el ámbito público o privado, ejerza violencia física, sexual o psicológica...”, donde se aprecia la creación de nuevas figuras delictivas, que dejan de lado a los delitos tradicionales de homicidio, asesinato, lesiones, entre otros. Incorporando una diferenciación que toma como base el género. Estos nuevos tipos penales configuran en

su contorno grupos de presión que, en la esfera fáctica, ubican al sujeto activo del delito como una fuente de peligro, construyendo sobre él la etiqueta de maltratador, y dando paso de esa manera a un derecho penal de autor como consecuencia de su género.

Otra expresión más del derecho penal del enemigo la encontramos en el decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, ley contra la delincuencia organizada, en el cual nos encontramos con un derecho penal de anticipación punitiva a los hechos criminales, que acoge no sólo la severidad en sus penas, sino la supresión de garantías procesales, como es el caso de lo regulado en el decreto 17-2009 ley del fortalecimiento de la persecución penal, que en el artículo 27 se indica: “Cuando la pena de prisión a imponer, de acuerdo a las disposiciones de las leyes que se reforman y la presente sea inmutable, no procederá medida sustitutiva alguna.”. Se puede observar el recorte de garantías y beneficios de excarcelación frente a cierto tipo de delitos, que según el artículo 50 del Código penal serían todos aquellos que excedan de cinco años de prisión.

El discurso político-jurídico vende la propuesta del derecho penal del enemigo, haciéndolo parecer como una consecuencia de la misma actividad del delincuente, quien con su actuar delictivo, renuncia al trato creado para el ciudadano –persona-. Tal emblema se deja entre ver en las descripciones penales: Conspiración en la que se indica: “Comete el delito de conspiración quien se concierte con otra u otras personas con el fin de cometer

uno o más delitos de los enunciados en el presente artículo...”. Y en la descripción penal de asociaciones ilícitas, en la cual se indica: “Comete el delito de asociación ilícita, quien participe o integre asociaciones...”.

Estos tipos penales plantean su legitimación a partir de la necesidad de la eliminación de un peligro potencial o futuro, la punibilidad se adelanta y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros.

Lo contradictorio del discurso político-jurídico se da en el caso de que a once años de implementación del Decreto 21-2006 Ley Contra la delincuencia organizada, la tasa de criminalidad lejos de disminuir o incluso mantenerse, ésta se ha incrementado, a pesar de que el Estado guatemalteco, ha desarrollado un cuadro normativo de excepción, en el cual el derecho penal de autor es la etiqueta que da como resultado la persecución y liquidación de la no persona, aun cuando su responsabilidad no se refiera a algún acto cometido, como en el caso de los tipos penales en referencia. En el derecho penal de autor, prevalece la culpabilidad por la forma en la cual este ha conducido su vida, que para el sistema ésta se constituye en una forma equivocada de vivir.

Un derecho penal con estas características hace que transcurran los delitos de lesión en delitos de peligro, eliminando el *in dubio Pro reo* cuando no se puede probar con certeza la producción del resultado, lo que incluye que el derecho penal toma la función de tranquilizante de la opinión pública, o sea un efecto simbólico, con

lo cual se acaba en un derecho penal simbólico, o sea que no se neutralizan los riesgos, sino únicamente se fomenta la creencia de que todo está controlado, promocionando un bienestar que no existe en la realidad. Bajo estas circunstancias la única finalidad que persiguen los delitos mencionados, así como una larga lista en estas y otras leyes, es reducir en prisión al trasgresor, como una expresión de venganza oficial del Estado contra el interno, una retribución o compensación por el mal causado.

Referencias Bibliográficas

- Bustos Ramírez, Juan. Política Criminal y Estado, Revista Ciencias Penales, Puerto Rico, 1996, año 9, No. 12
- Del Valle, C. P. Sobre los Orígenes del Derecho Penal del Enemigo. Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau. Cuadernos de política criminal, número 75, Madrid, 2001
- Jacobs y Cancio Meliá. Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión. Madrid, Edisofer, 2006, Volumen 2.
- Lujan Muñoz, Jorge. Inicio del Dominio Español en Indias. Editorial Universitaria Guatemala. 1977. Colección Textos Vol. No. 4
- Martínez Peláez, Severo. La Patria del Criollo. Editorial Universitaria, Centro América, EDUCA. 6ta Edición, Costa Rica 1999
- Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. Tirant lo Blanch. Cuarta Edición, Valencia, 2000
- Roxin Claus, Derecho Penal. Parte General. Trad. Diego- Manuel Luzón Peña y otros. T.I., Civitas, Madrid, 1997, reimpresión 2003
- Silva Sánchez, Jesús-María. La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Civitas, Madrid, 1999

- Zaffaroni, E. R. La creciente Legislación Penal y los Discursos de Emergencia, Teorías Actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires, 1998

Jurisprudencia Corte de Constitucionalidad

- Gaceta No. 25, expediente No. 68-92, página No. 22
- Opinión consultiva emitida a solicitud del Organismo Legislativo, Gaceta No. 3, expediente No. 170-86

Leyes consultadas

- Constitución Política de la República de Guatemala.
- El Decreto ley número 21-2006, Ley Contra la Delincuencia Organizada.
- El Decreto ley número 22-2008, Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer.
- El Decreto 17-2009 Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal.

El reconocimiento corporal o mental

M.Ac. Julio César Zúñiga

En el medio guatemalteco para el esclarecimiento de la verdad histórica de un hecho con tintes de ilicitud, la Ley le asigna al Ministerio Público la posibilidad de efectuar registros en las personas y en los vehículos, con el fin de localizar indicios que vinculen al sujeto activo con actividades de carácter ilícito, así también se autoriza el reconocimiento corporal o mental de la persona, a efecto de determinar las causas y las secuelas que dejara la acción del sujeto activo en vulneración aun bien jurídico tutelado del sujeto pasivo.

Registro de las personas y de los vehículos

Una de las obligaciones que tiene el Estado según se preceptúa en el artículo 1º de la Constitución Política de la República, es proteger a la persona, sabida cuenta es que existen dos tipos de personas, la natural y la jurídica, en especial nos interesa la primera, toda vez que es en torno a ella como se pretende establecer cuáles son los parámetros sobre los cuales las fuerzas de seguridad pueden llevar a cabo los registros personales, así como el registro de los vehículos, tal como lo establece el artículo 25 de dicho cuerpo legal: "el registro de las personas y de los vehículos, solo podrá efectuarse por elementos de las fuerzas de seguridad

cuando se establezca causa justificada para ello. Para ese efecto los elementos de las fuerzas de seguridad deberán presentarse debidamente uniformados y pertenecer al mismo sexo de los requisados debiendo guardar el respeto a la dignidad, intimidad y decoro de las personas” (Constitución Política de Guatemala, 1985)

Si bien no se establece en qué consiste la causa justificada que conlleve a la necesidad de la requisita personal o de vehículos que realicen los elementos de seguridad, se puede deducir que la misma queda a criterio de dicha autoridad, toda vez que serán las circunstancias prevalecientes en el momento de la detención las que permitirá establecer la necesidad de dicha la intervención, sin embargo en el medio social existe un abuso constante de esta normativa, ya que como es de conocimiento común, se realizan registros justificando los mismos con motivos de seguridad pública o por sospechas, cuando no se puede andar registrando a la ciudadanía solo por ejercer un control sobre las mismas, sin motivo criminal justificable para ello.

Así también es preciso que quien realiza el registro corporal sea una persona del mismo sexo del o los requisados, aunque estos cumplan con presentarse uniformados que también es otro requisito necesario para ello, además deben tener cuidado de no vulnerar la dignidad, intimidad y decoro de las personas, por lo que deberán actuar sujetos a principios éticos y morales, acordes a la función y atribuciones delegadas por el Estado.

En el medio guatemalteco para dar cumplimiento a esta normativa, deambulan elementos de las fuerzas de seguridad del Estado en grupos conformados por hombres y mujeres, sin embargo ello no garantiza que no se produzcan arbitrariedades en los registros corporales, toda vez que su número esencialmente en lo femenino, no es suficiente a los requisados o se ven supeditados a las órdenes de mandos masculinos que no les permite tener un acceso directo para la realización de tales registros, lo que trae como consecuencia la vulneración al debido proceso.

Para llevar a cabo el registro corporal, opta la autoridad de seguridad del Estado, por proceder a identificar a la persona, lo que le permite viabilizar el camino para encontrar o implantar elementos de prueba que motiven una detención y a la vez el inicio de una investigación por el hecho que se imputa, a efecto de establecer la verdad histórica del mismo; detenciones que en muchas ocasiones son coordinadas sistemáticamente por las fuerzas de seguridad del Estado, ya que a través del encausamiento y privación del requisado, se asegura la impunidad del abuso de autoridad, más aún en los casos en que la persona ha sufrido vejámenes físicos o psicológicos, así como pérdida de su patrimonio personal.

Reconocimiento Médico Legal

Es el examen de un sujeto sano, enfermo o difunto o de las cosas que pueden alterar la salud, de los hombres, hecho con el objeto de informar a los jueces y demás autoridades por quien el médico fuere consultado. (Diez, 1833, pág. 20)

Reconocimiento mental

El psiquiatra Forense se encuentra vinculado al Instituto Nacional de Medicina legal y ciencia forense, su quehacer consta en esclarecer para las autoridades, la condición mental de la víctima, victimario, testigo o personas relacionadas con comisión de un delito o situaciones legales, en un momento determinado. (Tellez, 2002, pág. 383)

A diferencia del registro de la personas y vehículos, el reconocimiento personas o mental lleva implícito el acceso directo al cuerpo o la mente de la persona, toda vez que con ello se pretende establecer las causas que pudieren haber motivado la comisión de un hecho con carácter de ilicitud o encontrar los rastros que en caso de ser víctima haya dejado el victimario.

Si bien la ciudadanía exige la aplicación de una justicia pronta y cumplida, no implica que deba estar desprovista de toda formalidad legal respecto al proceso y el que hacer de las partes, es preciso que desde el momento en que se requiere la intervención del órgano jurisdiccional hasta que este emite el fallo que resuelve el asunto objeto de litigio, se sometan a la legalidad, ello para garantizar la seguridad jurídica y la libertad de las personas.

¿En qué consiste la legalidad como principio procesal?

“Se dice que sus antecedentes más remotos pudieron encontrarse en el Derecho Romano, en el Derecho

Canónico, en los Fueros aragoneses de la Edad Media y en la Carta Magna (Magna Charta) otorgada en Inglaterra por el Rey Juan Sin Tierra en 1215.

Según Cerezo Mir, se trata en realidad de preceptos de naturaleza y alcance distintos, aunque reflejen la misma preocupación por la seguridad jurídica. Con mayor puntualidad el principio de legalidad se asienta en la corriente filosófica denominada Iluminista o de la Ilustración y específicamente en la famosa obra de Cesar Bonesana, más conocido como el marqués de Beccaria, a través de su libro “De los delitos y de las Penas”(*Del delitti e delle Pene*) en 1764. (Diez J. L., 2001, pág. 93)

Su clásica expresión latina deviene del vocablo “Nullum crimen, nulla poena sine previa lege”, expresión que tiene como corolario que nadie será condenado por actos o u omisiones que la ley no contemple con antelación como hecho delictivo, tampoco se impondrán penas que no estuvieren reguladas en el momento de la comisión del delito.

Viene a ser un factor de control a efecto de evitar la arbitrariedad y el abuso de poder del Estado, en el juzgamiento de las causas

penales, sometiendo a dicho principio todos los actos inherentes al juzgamiento de las causas criminales.

Tal principio se encuentra regulado en el artículo 1º del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece: “Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados como delitos o faltas por ley anterior a su perpetración, ni se impondrán otra penas que no sean las previamente establecidas en la ley”. (Código Penal, 1973)

El decreto 51-92 del Congreso de la República (Código Procesal Penal) establece para el juzgamiento de los hechos criminales, en aplicación a dicho principio en el artículo 1º. Que no se impondrá pena alguna si la ley no lo hubiere fijado con anterioridad. El Artículo 2º. No podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Sin ese presupuesto, es nulo lo actuado e induce a responsabilidad del tribunal. (Código Procesal Penal, 1992) Así mismo el artículo 84 del mismo cuerpo legal preceptúa: No se decretarán medidas de seguridad sin disposición legal que las establezca expresamente, ni fuera de los casos previstos por la ley. Sin embargo aún a sabiendas de la existencia de dicho precepto y otros, que sirven de sustento a la aplicación de la normativa procesal penal, se permite la vulneración al debido proceso y el derecho de defensa, al no ejercer los mecanismos que permiten su adecuación a derecho y así garantizar una tutela judicial efectiva en igualdad de condiciones.

Para que la judicatura tenga por acreditada la participación y responsabilidad de la persona que es acusada de la comisión de los delitos sexuales, contemplados en la Ley Contra la Violencia Sexual y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer y Trata de Personas, la prueba reina para acreditar su comisión, es el informe Médico Forense, en el cual consta la evaluación realizada a la persona agraviada, a efecto de establecer la existencia escoriaciones, equimosis, vellos, sangre, fluidos, u otro tipo de rastros propios de la víctima o dejados por el sujeto activo, de los cuales se pueda extraer indicios de la existencia de violencia física y falta de consentimiento de la parte agraviada, exceptuando en el caso de menores de edad.

Existe casos de tipo sexual en que la víctima es una persona de sexo femenino, sin embargo el examen forense lo efectúa un galeno de distinto sexo, quien ratifica en la audiencia Debate Oral y Público, las conclusiones de dicha evaluación, ello de conformidad con lo preceptuado en el artículo 234 del Código Procesal Penal, el cual en su parte final establece “El dictamen se presentara por escrito, firmado y fechado y oralmente en las audiencias, según lo disponga el tribunal o la autoridad ante quien será ratificado”

Generalmente la judicatura a dicho informe le asigna certeza jurídica como medio probatorio, tomando como parámetros que quien realiza la evaluación corporal o mental es un profesional de la medicina con conocimiento para ello, que no tiene ningún interés personal en el asunto objeto de litigio, que tiene experiencia en el

desempeño del cargo por lo que está capacitado para ello, entre otros, y que el informe rendido no fue objeto de protesta alguna, por lo que se le confiere valor probatorio.

La victimización en los delitos sexuales contra la mujer ha estado influenciado por doctrinas que restringen en gran medida la participación directa de quien ha sufrido vejámenes de esta índole, al extremo que si la agraviada no se presenta a declarar o niega los hechos, los juzgadores con las pruebas periciales, testimoniales y documentales, dan por acreditado los hechos que el Ministerio Pública indilga al acusado, tomando en consideración que la víctima previo a ser evaluada, hace un relato de los hechos a cada profesional que la evalúa, hechos que se consideran coincidentes en los diferentes informes aunque estos no reflejen tal extremo, ya que cada relato tiene algunas aristas que los hace diferentes; sin embargo se le da valor probatorio no solo en cuanto a la evaluación realizada sino se sule así la declaración que debió haber prestado la víctima, justificando su ausencia con la victimización a que puede ser expuesta.

Ello por considerar el juzgador que de acuerdo a doctrinas y jurisprudencia internacional que buscan garantizar la igualdad de género, así como la protección especial a la víctima en esta clase de delito, como consecuencia del dominio de poder a que culturalmente se ve sometido un sexo en relación al otro, viendo la mujer amenazada su libertad de vivir una vida sexual sin violencia y que la misma ley no le obliga a declarar sobre el abuso y violencia de

que ha sido víctima, son extremos que limitan a las partes igualdad en el proceso.

Con base en ello se dictan sentencias violatorias de un debido proceso y una tutela judicial efectiva, ya que habiéndose realizado el reconocimiento físico o mental por una persona de distinto sexo a la persona que es evaluada, se vulnera lo preceptuado en el artículo 194 del Código Procesal Penal, apartándose de la legalidad a que deben estar sometidos los elementos de investigación en esta clase de delitos, para adquirir la calidad de plena prueba en juicio, por lo que quien ejerce la defensa deberá estar atento a fiscalizar la producción, obtención, levantamiento, traslado, análisis, incorporación, y valoración de los mismos.

En esta clase de delitos generalmente las sentencias se emiten tomando como sustento para fundamentar las mismas aspectos de carácter legal, doctrinal y jurisprudencial ya que ante el clamor popular y las estadísticas institucionales es preciso emitir una sentencia de carácter condenatorio, que si bien culturalmente podría considerarse que ha trascendido la violencia de género, este ha sido mal interpretado en cuanto a su alcance y concepción, así como los efectos perjudiciales que conlleva para la estabilidad familiar en el desarrollo social.

En las sentencias se hace alusión a la Convención de Belem do Pará, la Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, criterios de jurisprudencia en la

metería, así como otros tratados ratificados por Guatemala, sin embargo ello no debe ser suficiente para dar por sentado que es el adecuado fundamento para arribar a una conclusión legal, ya que además del acreditamiento con los medios de prueba existentes, es preciso que se cumpla con la legalidad a que están supeditados los actos, siendo uno de ellos que el reconocimiento corporal o mental de las personas que se realice por una persona que sea del mismo sexo del evaluado, ya sea un reconocimiento físico o psicológico.

Se ha podido detectar a través del estudio y análisis de los fallos emitidos por los Tribunales de Sentencia de Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer y Violencia Sexual, que en los casos de acceso carnal, que cuando la víctima es evaluada siendo está mujer, dicho reconocimiento corporal generalmente lo realiza una persona de distinto sexo a la persona que es evaluada, lo que violenta el derecho a la indemnidad sexual ya que se accede al pudor de la persona en mayores y menores de edad.

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 241 del código Procesal Penal “La peritación en delitos sexuales solamente podrá efectuarse si la víctima presta su consentimiento y si fuere menor de edad, con el consentimiento de sus padres o tutores, de quien tenga la guarda o custodia o, en su defecto el Ministerio Público”.

El artículo 294 del Código Procesal Penal, preceptúa “Cuando con fines de investigación del hecho punible o de identificación

fuere necesario el reconocimiento corporal o mental del imputado, se podrá proceder a su observación, cuidando que se respete su pudor. El examen será practicado con auxilio de perito si fuere necesario y por una persona del mismo sexo. Se procederá de la misma manera con otra persona que no sea el imputado cuando el reconocimiento fuere de absoluta necesidad para la investigación”

Se puede colegir de dicha normativa que para tener acceso al cuerpo de la persona que va a ser objeto de evaluación, debe esencialmente tener el cuidado de respetar su pudor.

Nos preguntamos ¿Qué se entiende por PUDOR?:

Se define como honestidad, recato, castidad, vergüenza (Diccionario Pequeño Larousse, 1983)

El pudor se considera que tiene su origen como un sentimiento personal que ha trascendido su imposición culturalmente, para resguardarse de todo acto que conlleve a violentar la intimidad personal, como un medio de protección de toda acción que puedan ejercer otra u otras personas a la indemnidad sexual.

Para establecer los extremos que vinculen al agresor con la ofendida, se realiza el reconocimiento corporal o mental como parte de la investigación que el Ministerio Público se ve preciso a realizar, procediendo a la evaluación de la agraviada por un perito, que en nuestro medio es necesario, toda vez que es la persona que con base en sus conocimientos médicos puede dar

información atinente a los rastros encontrados que reflejen la existencia de violencia y acceso carnal, para establecer el posible encuadramiento de la acción a uno de los tipos penales atinentes a la materia..

Sin embargo lo que esencialmente se plasma y que es de nuestro interés en dicha normativa, es que el examen será practicado por una persona del mismo sexo, toda vez que si bien en el inicio del contenido del artículo 294 citado se indica que se refiere al sindicado, en su parte final establece que “Se procederá de la misma manera con otra persona que no sea el imputado”, de lo que se infiere que para cualquier otro sujeto procesal, agraviado, querellante, testigo etc. será necesario que quien les evalúe corporal o mentalmente, sea una persona del mismo sexo, cuando el reconocimiento fuere de absoluta necesidad para la investigación.

Para el esclarecimiento de la verdad histórica de los hechos en los delitos sexuales como lo manda dicha normativa, es imprescindible que quien realice el reconocimiento corporal de la persona agraviada o cualquier otro, se efectúe por una persona del mismo sexo, ya que se encuentra en juego el garantismo a resguardar el pudor, no bastando el consentimiento de la evaluada o la autorización respectiva para que se le realice el mismo.

Si se hace una comparación con los registros corporales que realizan las fuerzas de seguridad a las personas, para establecer

que no lleven en su cuerpo objetos de ilícita procedencia, en los cuales es obligatorio que se realicen por una persona del mismo sexo a los requisado, aunque el registro sea superficial, con mayor razón cuando se ve involucrado el acceso a la intimidad de la persona, en donde está en juego la honra y con ello encontrar indicios que acrediten el acceso carnal con la persona agraviada

Es por ello que habiéndose detectado tal falencia es imprescindible que los Abogados Defensores Públicos dejen asentada la formal protesta a efecto que, en caso de condena, pueda hacerse uso de tal violación para contar con un sub motivo que permita el planteamiento de la impugnación respectiva, toda vez que, por ser un aspecto de forma, de no dejar asentada la protesta formal, se tiene por consentido y limita su alegación para un posible reenvío.

El incumplimiento a ese derecho se ha justificado con que no se cuenta con suficiente personal femenino, para que las agraviadas sean atendidas por alguien de su mismo sexo, por lo que se ven precisas las autoridades a asistirse de un profesional masculino, el cual tiene acceso a la intimidad de ellas, vulnerando así derechos fundamentales como lo es su pudor.

La falta de recursos o políticas de las instituciones no deben ser motivo para ser permisivos en el incumplimiento de la normativa, porque se estaría violentando la legalidad, que obliga a someter los actos a la ley bajo los parámetros que esta establece, vulnerándose

así el debido proceso y la igualdad de hombres y mujeres a someterse a una evaluación con un galeno del mismo sexo.

Normativa internacional:

La Declaración Universal de Derechos Humanos en la parte conducente del artículo 1º establece que “Todos los seres humanos son libres en dignidad y derechos y...” en el artículo 3º. “Todo individuo tiene derecho a la vida la libertad y la seguridad de su persona. (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948)

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en el artículo 9º regula “Todo individuo tiene derechos a la libertad y a la seguridad personales”, así el artículo 26 regula “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación alguna la protección de la ley. A este respecto la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición social” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966)

Normativa constitucional:

La Constitución Política de la República al regular lo referente a Derechos Humanos, establece en el artículo 3º. como Derecho individual que: “El Estado garantiza y protege la vida humana

desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona” además en el artículo 4º en su parte conducente preceptúa “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos”, en el artículo 25 del mismo cuerpo legal se regula el registro de personas y vehículos, expresa que ... las fuerzas de seguridad deberán presentarse debidamente uniformados y pertenecer al mismo sexo de los requisados debiendo guardarse el respeto a la dignidad, intimidad y decoro de las personas.

Así también en el artículo 44 dicha ley fundamental establece que los derechos y garantías que otorga la Constitución, no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

La interpretación en cuanto a su alcance conlleva a considerar que si fuere necesario someter a una persona a registro corporal o mental quien lo realice, deberá pertenecer al mismo sexo del evaluado, con mayor razón si de conformidad con el principio de quien no puede lo menos no puede lo más, en el sentido de que los registros corporales son generalmente superficiales no involucrando la intimidad de la persona, y en los registros médicos por delitos sexuales es preciso que quien evalúa tenga acceso a los órganos íntimos de la persona, lo cual violenta su intimidad, aunque se tenga el consentimiento de este.

Se pudo establecer que en cuanto a este extremo nuestra normativa procesal penal se puede considerar avanzada, toda vez habiéndose consultado el derecho internacional, este considera como derecho que en los centros de reclusión debe haber asistencia médica, o que en caso de encontrarse vulnerada la salud se tiene derecho a recibir asistencia médica, sin especificar que debe someterse en caso de ser necesario en los delitos sexuales la evaluación por una persona del mismo sexo.

Siendo que la normativa del nuestro Código Procesal Penal guatemalteco se puede considerar avanzada en el garantismo al recluso, es necesario que con mayor ahínco los defensores públicos hagan uso de los medios pertinentes para garantizar el cumplimiento de ese derecho, ya que mientras subsista como ley se cuenten o no con los medios necesarios debe ser acatado por quien tiene la función de realizar la investigación criminal y las autoridades judiciales velar por que así sea.

Importancia como garantía del debido proceso y tutela judicial efectiva

El reconocimiento corporal y mental por un médico forense del mismo sexo del evaluado, adquiere importancia para la aplicación de un debido proceso y una tutela judicial efectiva, mediante el sometimiento de los actos procesales a la ley, que si bien se puede pensar, bueno, si la ley es clara en cuanto a que el sindicado sea evaluado por una persona del mismo sexo, porque hemos de preocuparnos de quien evalué a las demás partes, pues bien

es importante, porque del peritaje que emite el galeno y su ratificación, deviene el posible acreditamiento o no de los elementos que conforman los tipos penales de carácter sexual, al detallar los rastros que pudiere haber dejado en el cuerpo de la víctima el sujeto activo así como las consecuencias que su actuar produjo en la misma.

La defensa está obligada a tener control sobre el género de quien realiza la evaluación de la víctima y otros sujetos procesales, a efecto de cumplir con dejar asentada la formal protesta de ley, ya que si no se cumpliera con ello, siendo un vicio de procedimiento, se puede dar por consentido, siendo necesario que así se haga, ya que su ausencia podría ser un limitante para que al momento de analizar la sentencia en caso de condena, y de no constar dicha protesta, pueda ser un limitante para alegar dicha violación, sin embargo de haberse asentado la protesta respectiva, fortalece el petitorio para obtener el reenvío de la causa y así poder modificar las resultas del juicio, a favor de las personas a quienes se les presta el servicio gratuito de defensa pública penal.

En conclusión: Para la realización del registro de personas y vehículos por las fuerzas de seguridad así como el reconocimiento corporal o mental de una persona para efectos de investigación de un hecho con carácter de ilicitud, se deben efectuar por una persona del mismo sexo del requisado o evaluado corporal o mentalmente, ya que no basta el simple consentimiento de la

persona sobre quien recae el ejercicio de tales acciones, además de cumplirse con los demás requisitos previstos en la ley.

Que, en caso de no cumplirse con tal obligación procesal, la defensa deberá requerir que se deje asentada la formal protesta de ley, como requisito sine qua non para alegar vicio por forma del fallo que será objeto de impugnación, con el objetivo de que la Sala jurisdiccional otorgue el reenvío.

Referencias Bibliográficas

- Código Penal. (1973). Guatemala:
- Código Procesal Penal. (1992). Guatemala.
- Constitución Política de Guatemala. (1985). Guatemala: Serviprensa S. A.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948).
- Diccionario Pequeño Larousse. (1983). México: Mexicano, S. A.
- Diez, J. L. (2001). Manual de Derecho Penal Guatemalteco, Parte General. Guatemala: Impresos Industriales S. A.
- Diez, M. (1833). Compendio de las relaciones médico-legales. Madrid España: Don Ramón Verges.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966).
- Tellez, N. R. (2002). Medicina Forense Manual Integrado (Vol. 9). Colombia.

La reincidencia y el derecho penal de acto

Lic. Rigoberto Vargas Morales

Reseña de la reincidencia

La reincidencia se remonta al derecho penal español, según expresa el autor Agudo Fernández:

[...] Se trata de ofrecer un panorama general de la evolución de la agravante a través de los tiempos, con especial incidencia en la trayectoria seguida en su regulación desde que en el año 1822 fuera promulgado el primer Código penal de la historia del derecho penal español. (2005)

Como se aprecia la reincidencia fue importada del derecho español. Por otra parte, el sistema penal de Guatemala, es similar al sistema penal español, por lo que, el presente artículo está enfocado a partir de la vigencia del Código penal español de 1822. Dicho cuerpo legal establece que el mismo servirá de modelo para Códigos penales posteriores. El legislador español, define a la reincidencia como la comisión de una infracción penal, por el sujeto condenado anteriormente y denominaba recaídas en delitos del mismo título –verbigracia robo agravado cometido una

y otra vez- y recaídas en delito de distinto título –robo agravado y lesiones graves- reincidencia en delitos de fuga y en delitos de quebrantamientos de sentencias.

Según Agudo Fernández con relación a la reincidencia expresa:

“[...] pese a toda la configuración histórica de la reincidencia, no es hasta el siglo XIX que realmente se da una estructura de reacción frente a la recaída en el delito, luego de que el movimiento codificador europeo dotara esta institución jurídica de perfiles definidos, garantías jurídicas y de aplicación. Según lo anterior, se puede afirmar que el concepto de reincidencia tal y como se conoce hoy en día es, en general, el mismo que se configura desde el siglo XIX, aunque su aplicación está sujeta al contexto en el que se desarrolla.” (2005)

Concepto y Definición

Con relación a la definición de reincidencia el profesor argentino Guillermo Cabanellas, en su diccionario enciclopédico de derecho usual, citando el artículo 50 del Código penal argentino expresa que:

“habrá reincidencia siempre que el condenado por sentencia firme a una pena privativa de libertad dictada por cualquier tribunal del país, cometiere un nuevo delito, aunque hubiere mediado indulto o conmutación”. De la lectura anterior, se infiere que reincidente es la persona que infringe la ley penal habiendo sido condenado por sentencia firme y luego comete un nuevo delito.

El autor Manuel Ossorio, en su diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales con relación a la reincidencia dice:

“En la doctrina se acostumbra a llamar reincidencia especial a aquella en que se encuentra incurso el individuo que comete un delito después de haber sido ya condenado por sentencia firme en otro delito de la misma naturaleza; y reincidencia general cuando la naturaleza del delito anterior es distinta”.

El mismo autor, clasifica la reincidencia en general y especial. Es general cuando se trata de delitos de distinta naturaleza y es especial cuando los delitos son de la misma naturaleza. Verbigracia, (general) el individuo comete el delito de robo por el cual es condenado por sentencia firme y posteriormente el delito de estafa propia, (especial) el individuo comete el delito de robo agravado, por el cual fue condenado por sentencia firme y posterior comete el mismo delito.

Por su parte, el argentino Iván Augusto Grassi, citando la legislación argentina señala que:

La reincidencia se clasifica en genérica y específica: Es genérica, cuando el nuevo delito es de diferente naturaleza a aquel por las que el sujeto fue condenado; es específica, cuando el nuevo delito cometido es idéntico o análogo a aquel por el cual el sujeto fue condenado anteriormente.

El autor guatemalteco Rony Eulalio López Contreras, refiriéndose a la reincidencia expresa:

Cometer nuevamente un hecho delictivo, después de haber sido condenado por uno anterior. Esta figura es muy discutible en doctrina y en la jurisprudencia internacional, puesto que atenta contra los postulados de un Estado de derecho democrático, toda vez que, se hace valer en función de hechos cometidos y sancionados con anterioridad, violentando el *nom bis in idem*, y la calidad de un derecho penal de acto o de hecho.

Los conceptos y definiciones arriba citadas guardan congruencia con el tema de la reincidencia y concuerdan sobre la clasificación de la reincidencia en genérica y específica. Por lo que, atendiendo

dichas posiciones, es preciso señalar que la Legislación Penal de Guatemala, acepta la reincidencia en su clasificación genérica y específica, en la cual toma una posición ecléctica. Por lo que la reincidencia genérica comprende delitos de distinta naturaleza y la específica delitos de la misma naturaleza. Deviene entonces que la reincidencia es una institución de carácter sustantiva penal, clasificada en su modalidad genérica (delitos de distinta naturaleza) y específica (delitos de la misma naturaleza), en la cual, el individuo condenado por sentencia firme, ya sea en delitos de distinta naturaleza o de la misma naturaleza, comete un nuevo delito.

En Guatemala el código penal vigente, contenido en el Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, en el numeral 23 de su artículo 27, conceptualiza la reincidencia cuando expresa: “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”.

La reincidencia, es bastante difícil de definir. Pero se entiende por reincidencia una institución de carácter sustantiva penal, del individuo que comete un delito por el cual es condenado en sentencia firme y luego comete un nuevo delito, ya sea en delitos de diferente naturaleza o delitos de la misma naturaleza. La mayor gravedad de la pena la soporta el segundo delito.

La reincidencia, como circunstancia agravante

El código penal establece las circunstancias agravantes genéricas y entre ellas, la reincidencia, la cual es de aplicación constante por los tribunales de sentencia.

Las decisiones judiciales que aplican la reincidencia, son impugnadas a través del recurso de apelación especial, ya que en el Estado de Guatemala, la aplicación de esta circunstancia agravante, violenta el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que perfila un derecho penal de garantías, dicha normativa constitucional reconoce el derecho penal de acto que es la expresión de una sociedad democrática, sustentada por un legítimo derecho penal de garantías; el que se complementa en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que regula: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito...” Asimismo el artículo 1 del Código penal, regula que: “Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley.” Se puede advertir la protección que brinda la Constitución Política de la República de Guatemala, la Convención Americanas sobre Derechos Humanos; y el Código penal, en relación a que nadie puede ser penado por hechos que no estén calificados como delitos o faltas, con relación a la prohibición de la pena que se le

podría imponer al reincidente, por considerarlo que se trata de la aplicación de un derecho penal de autor (derecho penal autoritario), que sustituye al derecho penal de acto, que es la expresión del derecho penal de garantías, propio de un esquema del Estado Constitucional Democrático de Derecho.

El derecho penal de autor

El derecho penal de autor, tiene su origen en la escuela positiva del derecho penal, representada por sus máximos exponentes Enrico Ferri, César Lombroso y Rafael Garófalo en el siglo XIX, estos estudiosos del derecho penal, deciden estudiar el delito desde la perspectiva del delincuente, tomando como base la antropología criminal, por considerar que el individuo por su propia naturaleza, era temerario y peligroso ante la sociedad. Es en esta época, cuando el Estado se organiza y aparece el ***“lus puniendi estatal”*** que tiene por finalidad reprimir y sancionar al delincuente. La modalidad del derecho penal de autor, ubica su tesis en ver en el tipo penal dos normas: Una que prohíbe la conducta típica y la otra que impone la abstención de cometer otros delitos en el futuro. En este orden, se indica que el positivismo monista italiano, explicó la reincidencia a través de la peligrosidad y se sale de la postura del derecho penal de garantías. Por lo que, la reincidencia, se explica en la medida en que se abandona el derecho penal de acto, sancionando al hombre delincuente por lo que es y no por lo que hace.

Es el positivismo el que abre la puerta al autoritarismo jurídico, basado en la peligrosidad del individuo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se opone a la aplicación del derecho penal de autor, por considerar que violenta el derecho penal de garantías.

Siendo el autor Zaffaroni, uno de los máximos expositores del derecho penal de acto y del derecho penal de autor, manifiesta que:

No hay un criterio unitario acerca de lo que es el derecho penal de autor, por lo que se puede decir que, al menos en su manifestación externa, es una corrupción del derecho penal en que se prohíbe el acto en sí, sino el acto como manifestación de una “forma de ser” del autor, que sería lo verdaderamente delictivo. El acto tendría valor de síntoma de una personalidad, lo prohibido y reprochable o peligroso sería la personalidad y no el acto. Dentro de esta concepción no se condena tanto el hurto como él “ser ladrón” no se condena tanto el homicidio como el ser homicida, tanto el homicidio, la violación como el ser delincuente sexual, etc. (1991)

Cabe resaltar que desde la perspectiva que se quiera fijar el derecho penal Zaffaroni, refiere que ya sea desde el derecho penal de culpabilidad o desde el derecho penal de peligrosidad,

Lo cierto es que un derecho que reconozca pero que también respete la autonomía moral de la persona, jamás puede penar él “ser” de la persona, sino solo su hacer, desde que el Derecho es un orden regulador de conducta humana, no se puede penar a un hombre por ser como ha elegido ser, sin que ello violente su ámbito de autodeterminación. (1991)

Postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación a la reincidencia

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se opone a la aplicación del derecho penal de autor (reincidencia), considera que el mismo es una expresión del autoritarismo, que violenta el principio de *non bis in idem*, estima que se sanciona dos veces por el mismo hecho. En sentencia de fecha 20 de junio de 2005. Fermín Ramírez versus Estado de Guatemala. Párrafo 94, la Corte expresa: “En concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal, sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el derecho penal de acto o, de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el derecho penal de autor, que abre la

puerta al autoritarismo, precisamente en una materia en la que se hallan de juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía”.

El fallo judicial de la Corte interamericana de derechos humanos, identifica las modalidades del derecho penal de acto y del derecho penal de autor. Dicha Corte, asienta jurisprudencia sobre la aplicación del derecho penal de acto y desecha la aplicación del derecho penal de autor. Considero que el camino viable será la aplicación del derecho penal de acto. Es decir, sancionar al hombre por lo que hace (conducta típica), conforme el derecho penal de garantías, rechazando cualquier intento de la aplicación del derecho penal de autor, que comprende un derecho penal autoritario.

Criterios de la Corte Suprema de Justicia con relación a la reincidencia

La Corte Suprema de Justicia de Guatemala, en diferentes fallos ha sustentado el criterio que la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia, violenta el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y además vulnera el principio de Non Bis In Idem. Obviamente se entiende que está de acuerdo con el postulado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que considera que la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia, es aplicar el derecho penal de autor, que sanciona al hombre por lo que es, sustituyendo el derecho penal de acto, que sanciona al hombre por lo que hizo, el cual es propio de un derecho penal de garantías.

En sentencia de fecha veintisiete de marzo de dos mil quince. Expediente número 01004-2014-00920, la Corte Suprema de Justicia expresa: “Asimismo se puede considerar que al aplicar la reincidencia se apela al concepto de culpabilidad de 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. Sobre la base anterior, es decir que se debe hacer referencia al artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que establece: “No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración” (principio de legalidad penal). Dicho contenido normativo conceptualiza constitucionalmente un derecho penal de acto, que establece que solo se pueden producir conflictos penales con un acto humano, puesto que, únicamente habilita el *ius Puniendi* del Estado para sancionar acciones u omisiones y no así calidades morales que estigmatizan al sujeto. De esa cuenta la fijación de la pena solo puede ser determinada partiendo de la acción ilícita y el juicio de reproche que se puede hacer de ésta, caso contrario se desconocería la garantía constitucional que reconoce un derecho penal de acto”. Del criterio anterior, se infiere que la Corte Suprema de Justicia, acepta y convalida la aplicación del derecho penal de acto, que es propio del derecho penal de garantías.

El derecho penal de acto

En el ordenamiento guatemalteco vigente, la aplicación del derecho penal de acto, tiene su base legal en el artículo 17 de la Constitución

Política de la República y en Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en el artículo 9.

Se interpreta que los delitos se cometen por acción u omisión o por comisión por omisión. Este postulado del derecho penal de acto, se encuentra estipulado en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que preceptúa: “Nadie será juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto en sentencia ejecutoriada, conforme al procedimiento de cada país”. El Tratado Internacional citado garantiza al individuo que ha cometido un delito por el cual ha sido sancionado en sentencia firme y comete un nuevo delito, no podrá ser ni juzgado ni sancionado por el delito anterior. Esta línea de sustento legal viene del derecho penal de garantías, que es propio de una sociedad democrática, legitimada por un Estado Constitucional de Derecho.

Diferencias entre el derecho penal de acto y el derecho penal de autor

- El derecho penal de acto, castiga al delincuente por lo que hace, el derecho penal de autor, castiga al delincuente por lo que es.
- El derecho penal de acto, se origina del derecho penal de garantías, el derecho penal de autor, se origina del derecho penal autoritario.

- El derecho penal de acto, surge con la teoría de los derechos humanos, el derecho penal de autor, surge por la peligrosidad del agente.
- El derecho penal de acto, tiene su base en el principio de legalidad, el derecho penal de autor, tiene su base en un gobierno autoritario.
- El derecho penal de acto, se define como el hecho realizado por la persona, el derecho penal de autor, se define por los antecedentes personales del culpable y la peligrosidad social del agente.

Referencias Bibliográficas

- Agudo Fernández, E. (2005). *Principio de Culpabilidad y Reincidencia en el Derecho Español*. Granada: Universitaria de Granada.
- Asamblea General de Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*. Guatemala.
- Cabanellas, G. (s.f.). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta.
- Congreso de la República de Guatemala. (1973). *Código Penal*. Guatemala.
- Grassi, I. A. (s.f.). *La Problemática de la Reincidencia en el Derecho Penal Actual*.
- López Contreras, E. (s.f.). *Curso de Derecho Penal, Parte General*. Guatemala: MR Ediciones.
- Organización de Estados Americanos . (1968). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José.
- Ossorio, M. (s.f.). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Heliasta.
- Zaffaroni, E. R. (1991). *Manual de Derecho Penal*. México: Ediar.

El proceso de socialización inverso en el sistema penitenciario guatemalteco

M.A. Kiara Amarillis Barán García

El derecho penal, es la normativa reguladora de las conductas del ser humano dentro de la sociedad, como consecuencia de la vulneración de las normas jurídicas penales se impone una sanción coercitiva, en la mayoría de los casos restringiendo la libertad personal. Sin duda, la pena más fuerte para el ser humano al limitarse su libertad y en consecuencia los derechos que derivan de él y que necesitan de la libertad para ser gozados.

La pena es la forma de castigar a las personas que no mantienen la paz y convivencia social, siendo una forma de reprender dichas alteraciones en la sociedad. Sin embargo, el hecho que una persona sea reprendida de esta manera, no significa que pierde sus derechos fundamentales a excepción del derecho a la libertad personal, el recluso sigue siendo sujeto de derecho y por lo tanto no debe ser excluido de la sociedad, sigue formando parte de ella y al momento de salir de la cárcel, éste debe reintegrarse a la misma, pero, cómo se reintegrará a la sociedad, si la misma sociedad es quien lo rechaza, el sistema penitenciario no ejecuta

programas de resocialización, la vida en prisión debiera inspirar a mejorar su conducta y tratar de recuperarse.

Evidentemente el sistema penitenciario guatemalteco, se encuentra lleno de carencias, el cual se utiliza únicamente para satisfacer a una sociedad; que lo único que espera, es que los delincuentes se encuentren encerrados, alejados de la vida en sociedad, sin tomar en cuenta que son seres humanos que tienen los mismos derechos.

Razón por la cual, el proceso resocializador no cumple con su finalidad de evitar la reincidencia y por lo tanto reintegrar al delincuente a la sociedad, se tiene entonces un proceso de socialización inverso, donde el delincuente sale con malas prácticas aprendidas o mejoradas dentro de la cárcel, más violencia, frío y sin compasión de sus iguales.

Ante lo expuesto, la problemática versará sobre la inminente falta de capacidad de la sociedad para resocializar a los delincuentes, frente a un proceso de socialización inverso que cada día crece más dentro del sistema penitenciario, lo cual se reflejó en factores tales como: violencia, corrupción, sobrepoblación, no separación de reclusos, entre otros.

La metodología a utilizar será el método analítico determinando dentro de la legislación lo relativo al sistema penitenciario y en consecuencia sobre el tratamiento resocializador del delincuente, así como el método deductivo con el fin de llegar al punto

medular de la debilidad del sistema penitenciario en el tratamiento institucionalizado.

Establece la Constitución Política de la República de Guatemala, dentro de su parte dogmática que el sistema penitenciario va dirigido a la readaptación social y reeducación de los reclusos, en el entendido que todas las personas por el mismo hecho de ser, adquirimos derechos universales y personalísimos, conocidos como derechos humanos.

En ese mismo sentido, se pronuncia la legislación específica: Derecho a la readaptación social y reeducación. Las autoridades penitenciarias tienen la obligación de diseñar y ejecutar programas y actividades dirigidos a brindar capacitación formal e informal en el área educativa, laboral, profesional y de desarrollo personal de las personas reclusas, conjuntamente con estas, la persona reclusa tiene el derecho a participar en los mismo de acuerdo con sus intereses y necesidades personales. (Ley del régimen penitenciario. 2006. Artículo 28).

Y a nivel internacional se estipula: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966. Artículo 10, inciso 3).

El hecho de que una persona se encuentre recluida en un centro de detención, no implica que no pueda ser readaptado socialmente o reeducado, sin embargo, para ello se necesita un seguimiento, una política que se refiera a dicha situación. Lo que sucede dentro del

sistema penitenciario es que a pesar de estar establecido dentro de la legislación, los programas o políticas a seguir, no se ejecutan por la falta de voluntad de orientar dichos programas a su finalidad inicial, queda claro que no es reducir penas para resocializar al delincuente, porque no es la solución al problema de la criminalidad, sino más bien una política criminal encaminada a buscar que el recluso se incorpore a la sociedad y no haga suyas las conductas aprendidas dentro de la prisión para revelarse contra la sociedad nuevamente.

Sistema penitenciario guatemalteco

El sistema penitenciario guatemalteco se encarga de las personas privadas de su derecho a la libertad personal, quien debiera garantizar el goce de otros derechos humanos fundamentales tales como: vida, seguridad, trabajo, salud, entre otros. Sin embargo, hace algunos años se viene dando un hacinamiento dentro de las cárceles guatemaltecas, siendo una de las tasas más altas a nivel mundial, en las cuales como manifestó Jiménez Salinas: “El condenado, al estar en prisión, en lugar de incorporar aquellos valores que le permitirán hacer suyos los valores de la cárcel: la violencia, la marginación, el autoritarismo, etc.” (1999. Pág. 73).

Dentro del sistema penitenciario guatemalteco, reina la violencia, desorden, inseguridad, falta de autoridad dejando a su suerte a aquellos reclusos que se encuentran privados de libertad o condenados por delitos culposos o de baja peligrosidad, sin la mínima

posibilidad de resocializarse, al acatar las normas impuestas por los mismos reclusos.

El Estado de derecho se caracteriza por el cumplimiento y protección de los derechos humanos de todas las personas que se encuentran dentro de su territorio, de acuerdo a ello han surgido diversas teorías sobre los sistemas penitenciarios y su finalidad siendo las siguientes:

- La teoría absoluta se basa en el principio de retribución: la compensación del mal causado por el delito. Bajo esta teoría, el único fin de la pena es castigar. La teoría de la retribución es insostenible en un Estado social y democrático de derecho como el establecido en nuestra Constitución, pues en un Estado con tales características, la pena debe ser un fundamento racional en función de los objetivos del derecho penal: preservar la paz social y la seguridad jurídica. (Diez Ripolles, Gimenez Salinas. 2011. Pág. 525).
- La teoría de la prevención general negativa que manifiesta a la sociedad, las consecuencias de delinquir.
- La teoría de la prevención general positiva reflejada en la seguridad brindada a la sociedad a través de la imposición de penas para recobrar valores.

- La teoría de la prevención especial negativa mantener a las personas privadas de libertad para evitar nuevos delitos por parte de ellos.
- La teoría de la prevención especial positiva busca la rehabilitación del delincuente. (Centro de Investigaciones Económicas Nacionales. 2015. Págs. 12 y 13).

A través de las diversas teorías planteadas por los juristas, la resocialización es parte de la teoría de la prevención especial positiva que busca el Estado de Guatemala, ya que la pena rigurosa no disminuye la comisión de delitos. Dicha teoría se encuentra plasmada dentro de la Ley del Régimen Penitenciario, que regula el régimen progresivo como “el conjunto de actividades dirigidas a la reeducación y readaptación social de los condenados mediante fases, en donde se pone de manifiesto el progreso de su readaptación”. (2006. Artículo 56). Dicho régimen, pretende un resultado correctivo, ya que el condenado pasa por diferentes etapas desde su limitación a su libertad personal hasta la libertad propiamente dicha, inclusive antes del cumplimiento total de la sanción, lo cual dependerá de las actitudes del recluso.

El sistema penitenciario en la mayoría de países latinoamericanos se enfrenta a la pérdida del control interno de las cárceles, lo cual es evidente en el Estado de Guatemala, basta con ver y/o escuchar noticias a diario, dando a conocer: muertes de guardias del sistema penitenciario, fugas de reclusos que son trasladados a

tribunales, hospitales u otros lugares, e inclusive fugas de reclusos del mismo centro carcelario, peleas o disputas internas, hechos delictivos dentro del centro carcelario o planificación de los mismos para ejecutarlos en el exterior.

El dato más reciente sucedido en fecha dieciséis de agosto del dos mil diecisiete, en donde se traslada a un reo por autorización judicial a un hospital nacional para realizarle exámenes médicos, situación en donde se expone a la sociedad en general, el riesgo de realizar este tipo de traslados que acaba con la vida de inocentes por rescate y/o fuga de reos, a pesar que en la legislación se establece la obligación de contar con un equipo multidisciplinario, sin embargo, no se les proporciona las herramientas necesarias para atenderlos. Lo que implica la falta de capacidad en todos los ámbitos del sistema penitenciario. Dicho atentado acabó con la vida de siete personas, la mayoría de ellas en cumplimiento de su trabajo e inclusive prestando atención médica a estos reos.

Establece la legislación la clasificación de los centros de detención, es más que evidente, que el sistema penitenciario guatemalteco no cumple con dicha disposición, es tan común observar personas que cumplen condena, relacionadas con personas que se encuentran privadas de libertad provisionalmente, inclusive con reclusos de alta peligrosidad. La normativa internacional ratificada por Guatemala, sobre Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de las Naciones Unidas, regula: Separación de categorías. Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en

diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles. Es decir que: a) Los hombres y las mujeres deben ser reclusos, hasta donde fuere posible en establecimientos diferentes; en un establecimiento en el que reciban hombres y mujeres, el conjunto de locales destinado a las mujeres, deberá estar completamente separado; b) Los detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los que están cumpliendo condena; c) Las personas presas por deudas y los demás condenados a alguna forma de prisión por razones civiles deberán ser separados de los detenidos por infracción penal (...). (1977).

Dichos factores hacen más difícil la resocialización del delincuente. Y como consecuencia de ello el hacinamiento carcelario, las cárceles se encuentran sobrepobladas, tomando en cuenta que muchos de los reclusos que se encuentran dentro de los centros penitenciarios no necesitan tratamiento alguno para su resocialización, ya que se encuentran por delitos culposos o víctimas de sucesos imprevistos que provocaron consecuencias jurídicas, siendo merecedores de una sanción.

El hacinamiento provoca consecuencias para la sociedad y para los mismos internos, lo que hace más difícil la resocialización, la escasez de los servicios básicos dentro de las cárceles provoca corrupción, violencia, disputas y por ello los valores de la cárcel van promocionándose en los reclusos y más aún en los reclusos

líderes de bandas, maras o grupos que siguen imponiendo terror y sus reglas, haciendo de las suyas y manteniendo el poder dentro de las cárceles.

El Centro de Investigaciones Económicas Nacionales expresó: “Esa inseguridad interna origina que las personas vivan con constante miedo de sus compañeros. Además, no es posible proporcionarles un tratamiento adecuado, ya que, por la escasez de espacios, no se logra una adecuada separación de los reclusos de acuerdo a sus perfiles. En un ambiente así se hace sumamente difícil pensar en una exitosa rehabilitación”. (Pág. 28).

Concatenado con ello, el uso desmedido de la prisión preventiva que debiera ser la excepción más no la regla general, en delitos que no ameritan su imposición, procesos judiciales lentos colocan a un sistema penitenciario en desventaja, lejos de la resocialización del delincuente.

La resocialización del delincuente

La resocialización del delincuente, es parte de la garantía constitucional de seguridad y justicia, los cuales van de la mano, con las políticas del sistema penitenciario. Es decir, entonces que la rehabilitación y/o resocialización del recluso tiene como finalidad el que no vuelva a delinquir, impactando en la sociedad en general.

La pena como castigo al crimen, ha satisfecho las expectativas de la sociedad, ya que priva la libertad personal, por lo tanto, la pena cumple un fin sancionador como parte del poder punitivo

de un Estado de derecho, sin embargo, en definitiva, la pena no solo debe satisfacer de manera momentánea a una sociedad, el limitar en su libertad a una persona no es suficiente para lograr una convivencia y paz social a largo plazo.

Florentín Meléndez expuso: (...) el abandono en que viven las personas privadas de libertad en la región, que además de su libertad, son privadas de políticas eficaces de reinserción social. Por lo tanto, la solución del problema carcelario abarca toda la sociedad, y sólo es posible en el contexto de un sistema judicial garante de los derechos humanos. El hacinamiento, el ocio carcelario, la violencia, la falta de infraestructura adecuada y de condiciones sanitarias mínimas, la falta de acceso a cuidados médicos y psicológicos, la falta de separación (...). (2006).

El sistema penitenciario guatemalteco no cuenta con voluntad, capacidad económica, programas, entre otros, debido a que las condiciones actuales en que se encuentran las cárceles y con ello, el tema de resocializar al delincuente frente a la sociedad, que ya no cree en programas de reinserción de estas personas. Falta conciencia social e institucional para lograr el objetivo plasmado dentro del ordenamiento constitucional, respecto al sistema penitenciario. Debido a que la mayoría de personas, no comprenden el tema de resocializar a los reclusos, es común escuchar a la ciudadanía que suplica por penas más fuertes e inclusive la mayor de la pena dentro del derecho penal: la pena de muerte.

Nietzsche citado por el Centro de Estudios de Guatemala, afirmó: “La pena muy rara vez produce un remordimiento de conciencia en el delincuente, la pena vuelve más frío a quien la sufre, más resistente, le hace más inteligente, más desconfiado, fortalece su memoria, pero casi nunca consigue despertar en él, al monstruo del remordimiento”. Nada alejado de la realidad, en donde los delincuentes hacen suyos esos valores de la cárcel para aumentar los hechos ilícitos cometidos por su persona, más aún cuando se refleja en un sistema judicial que no es proporcional en la imposición de penas. A pesar que la pena de muerte se encuentra vigente más no positiva, como pena principal de algunos delitos considerados graves, no se ha dado la disminución de los crímenes, por lo que las penas mayores no son una garantía de disuadir la criminalidad.

Guillamondegui define la resocialización como: “El proceso que se inicia con la estancia del condenado en prisión, mediante el cual el equipo interdisciplinario profesional, con la colaboración del personal penitenciario y previo consentimiento del interno, procura que este pueda tomar conciencia de la génesis de su comportamiento delictivo pretérito y de sus implicancias personales, familiares y sociales presentes y futuras, con el propósito de fomentar y consolidar su capacidad de convivir en sociedad respetando la ley penal en lo sucesivo”. (2010. Pág. 13).

¿Qué implica entonces, resocializar al delincuente? Evitar la reincidencia del delincuente, ya que va dirigido a los condenados y no a quienes se encuentran limitados de su libertad

provisionalmente, ya que aún no se ha destruido su estado de inocencia. A criterio personal, la resocialización implica en general garantía de derechos humanos y específicamente lograr el acceso de estos a:

- Fuentes de trabajo: Excluir a los reclusos de la sociedad no es el mejor tratamiento para resocializar, el garantizar el derecho al trabajo y que ellos puedan ejecutarlo con dignidad para obtener ingresos y sentir que son útiles para la sociedad y sus familias, son ventajas de formar parte dentro de estos programas. “La Granja Pavón fue construida, como su nombre lo indica, para rehabilitar reos que tuviesen sentencia firme. La granja, ubicada en el municipio de Fraijanes, tiene tierra con vocación agrícola. Se construyó para implementar proyectos agrícolas productivos para la rehabilitación y readaptación de los reos”. (Pág. 30). Pero que ha sucedido, los proyectos agrícolas han quedado en el olvido, debido a la poca importancia que se les ha dado. Como un adicional, el trabajo puede redimir la pena.
- Educación: proporcionarle los elementos necesarios para lograr una formación académica de acuerdo a su nivel de educación en que se encuentren, como obligación fundamental del Estado proporcionarla sin discriminación alguna y ejercitarse con un especial cuidado al ser un derecho individual que se refleja en beneficio de la sociedad.

- Relaciones familiares: la resocialización debiera de considerar este aspecto, en el cual no haya una diferencia abismal entre la calidad y forma de vida en prisión y la vida libre.
- Tratamiento médico y psiquiátrico: cuando sea requerido o necesario garantizando el derecho a la salud que implica un estado de bienestar físico, mental y social.

Como se ha manifestado anteriormente, el sistema progresivo que adopta el sistema penitenciario guatemalteco, se aplica gradualmente, reúne las garantías anteriores, más su cumplimiento no es eficaz y por lo tanto la reinserción solamente queda plasmada en la norma jurídica. Aunado a ello es indispensable la separación de los reos, especialmente entre los primerizos y los reincidentes para lograr la reinserción de los reclusos y que ellos no hagan suyos los valores de la cárcel o que los delincuentes reincidentes que no tienen remordimiento frente al daño que causan a la sociedad, involucren a los primerizos en otros delitos cometidos en el interior de las cárceles o ejecutados desde el interior para surtir efectos en el exterior.

Durante la limitación a la libertad personal de los delincuentes, las políticas del sistema penitenciario deben ir dirigidas a variar el comportamiento para que dichas personas no vulneren el ordenamiento jurídico penal y con ello no sólo se beneficia de manera personal, sino también a la sociedad. En consecuencia, si no se garantizan los derechos humanos de los reclusos o se

vulneran con situaciones comunes tales como: destrucción del vínculo familiar, separación total de la sociedad, denegación a fuentes de trabajo o educación, imposición de programas internos, da lugar a una desocialización, aunado a ello la estigmatización de la sociedad para con estas personas, afectándolo no solamente a dicha persona, sino que también a su círculo familiar.

Como resultado de lo anterior, la resocialización del delincuente no sólo es tarea del sistema penitenciario, para lograr un cambio total, se debe hacer conciencia en la población sobre las consecuencias de la estigmatización para dichas personas, al negársele oportunidades de reintegración a la sociedad, siendo vistos con desconfianza, miedo, rechazo aun cuando estos han llegado a un centro carcelario por situaciones no planificadas. El reducir la criminalidad no solamente es tarea del sistema penitenciario, del organismo ejecutivo o de cierto grupo, también es tarea de la sociedad en general, caso contrario todos los ciudadanos son culpables del aumento de la criminalidad. Una persona recibe instrucción y valores desde el seno familiar, al ser ésta el núcleo o la base de la sociedad, posteriormente la persona se va formando en la escuela, la iglesia, la comunidad y como última instancia se encuentra frente a un centro carcelario para un tratamiento resocializador, es decir, entonces que todas aquellas fuentes de valores fracasaron y no logran su objetivo, que en todo caso sería producir hombres de bien para la sociedad, ¿por qué dejar entonces la tarea de resocializar únicamente al sistema penitenciario?.

Referencias Bibliográficas

- Centro de Estudios de Guatemala. Sistema Penitenciario. El reto de la rehabilitación. Guatemala. 2007.
- Centro de Investigaciones Económicas Nacionales. El sistema penitenciario en Guatemala. 2015.
- Consejo Permanente de la OEA. Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. OEA. 2 de marzo de 2006.
- Diez Ripolles y Giménez Salinas. Manual de derecho penal guatemalteco. Parte general. Librerías Artemis Edinter, S.A. Guatemala. C.A. 2001
- Esther Jiménez Salinas Colomer. La conciliación víctima delincente: hacia un derecho penal reparador. En la Mediación Penal. Barcelona. 1999.
- Guillamondegui, I. R., Resocialización y Semilibertad. Análisis legal, jurisprudencial y criminológico, Ed. B de f Montevideo-Buenos Aires, 2010
- Gutiérrez Tovar, Gabriel. La criminología como esperanza. Revista Prisiones No. 5. octubre 1968.

Presentación del Doctor Florentin Meléndez, Relator Especial de la CIDH sobre los derechos de las personas privadas de libertad en las Américas.

Principales aportaciones del
Congreso jurídico

**“Redes Cibernéticas,
Redes Criminales y Corrupción”**

Lic. César Isaac Payés Reyes

La Unidad de Formación y Capacitación de Defensores Públicos del Instituto de la Defensa Pública Penal de Guatemala, bajo la dirección del Maestro Idonaldo Fuentes Fuentes, llevó a cabo el Congreso jurídico denominado “Redes Cibernéticas, Redes Criminales y Corrupción” del 26 al 28 de noviembre del año 2017, en la ciudad de Guatemala.

Es innegable que el apareamiento del internet y de los dispositivos electrónicos ha generado cambios sustanciales en la humanidad, descubrimientos que se complementan con las nuevas tecnologías de información y comunicación (TIC) “En líneas generales podríamos decir que las nuevas tecnologías de la información y comunicación son las que giran en torno a tres medios básicos: la informática, la microelectrónica y las telecomunicaciones; pero giran, no sólo de forma aislada, sino lo que es más significativo de manera interactiva e interconexiónadas, lo que permite conseguir nuevas realidades comunicativas”. (Ortí). Las Tic se han transformado en macro redes cibernéticas, utilizando diversas plataformas tecnológicas, que tienen alta incidencia en las sociedades modernas y globalizadas, ciberespacio que también es aprovechado por el crimen organizado transnacional, para cometer delitos informáticos, considerados como una evolución en la modalidad de delinquir, que requiere de un tratamiento especializado, por los actores del sector justicia.

Ciberdelito: “es un término genérico que hace referencia a la actividad delictiva llevada a cabo mediante equipos informáticos o

a través de Internet. El Cibercrimen puede hacer uso de diferentes métodos y herramientas, como el phishing, los virus, spyware, ransomware o la ingeniería social, normalmente con el objetivo de robar información personal o de realizar actividades fraudulentas” (Avast, 2018).

El ciber delito, cometido por las redes criminales, daña sistemas informáticos, los convierte en vulnerables, por lo que el Estado debe estar preparado para reaccionar ante un ataque cibernético, caso contrario provocará consecuencias nefastas para la economía, las finanzas, el comercio, la banca, bases de datos, incluso destrucción de datos personales sensibles, tipologías delictivas cuya persecución penal es compleja, pues la ciber acción delictiva, se podría haber realizado en un país distante al Estado afectado, convirtiendo a esta clase de delitos en transnacionales o como indica la doctrina especializada, es una “acción deslocalizada”, pues carece de un lugar específico de comisión en el ciberespacio, que dificulta la localización del autor y de la evidencia digital.

Con el propósito de facilitar la cooperación internacional para la investigación, sanción y lucha efectiva contra la ciberdelincuencia, en el año 2001, se celebra el primer tratado internacional para una rápida y eficaz lucha contra los delitos cibernéticos, tratado que pretende además garantizar el respeto de los derechos humanos fundamentales, denominado Convenio sobre Ciberdelincuencia o Convenio de Budapest. La lucha no es sólo contra las redes

criminales cibernéticas transnacionales, sino también contra la corrupción, que es su aliada incondicional, fenómeno que tiene un amplio espectro de consecuencias nocivas para la sociedad, principalmente de graves violaciones a los derechos humanos al menoscabar la calidad de vida de las personas, provocando una macro victimización societaria, por ello el fenómeno de la corrupción es abordada atinadamente por la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo y por la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, siendo ilustrativo lo indicado en el preámbulo, de este último instrumento internacional, que resalta la magnitud de este flagelo al indicar que:

“Los Estados parte están preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia; preocupados también por los vínculos entre corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada, por lo que la prevención y erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados”,

en este sentido Guatemala, cumpliendo con su responsabilidad internacional promulgó la Ley contra la Corrupción, Decreto 31-2012 del Congreso de la República.

En lo que concierne al Instituto de la Defensa pública penal, está en sintonía con los anteriores estándares internacionales, pues en el Código de Ética del defensor público (Acuerdo de Dirección General 91-2008) se advierte en el principio de transparencia, que el defensor público en su actuación para con su defendido, debe ser honesto, transparente, evitando situaciones anómalas que pongan entredicho su actuación profesional que pueda ser señalada como un acto de corrupción, está es la valía que caracteriza al defensor público, que se complementa con una litigación estratégica de corte garantista, basada en la Constitución Política de la República de Guatemala y tratados internacionales en materia de Derechos Humanos temáticos, en defensa y beneficio de los usuarios.

Es entonces, como la Señora Directora del Instituto de la Defensa Pública Penal, Licenciada Nydia Lissette Arévalo Flores de Corzantes, para contribuir con conocimientos y experiencias a los actores del proceso penal consideró relevante la realización de un congreso no sólo con la participación de defensores públicos sino con la inclusión de los demás actores del sector justicia donde la temática fuese **Redes Cibernéticas, Redes Criminales y Corrupción**, por considerar de gran novedad e importancia que el sector justicia, se actualice y especialice en estos tópicos de Redes cibernéticas y corrupción, para el correcto desarrollo de sus

actividades desde la investigación policial; la persecución penal por parte del Ministerio Público; las pericias correspondientes al Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala; la construcción de las estrategias de defensa de los defensores públicos; y finalmente la fundamentación de resoluciones emitidas por los jueces del Organismo Judicial que se traduce en beneficio para la sociedad los imputados y las víctimas.

Es así como los días 26, 27 y 28 de noviembre del año 2017, en la ciudad de Guatemala, con la intervención de expertos nacionales e internacionales (Colombia, Uruguay, Costa Rica y México), se realizó el congreso “Redes criminales, redes cibernéticas y corrupción” evento que fue posible, por la asesoría técnica y apoyo económico del Programa de Seguridad y Justicia, de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos de América. – USAID -

Durante tres días los asistentes al congreso disfrutaron sin lugar a dudas de un exquisito manjar de conocimientos que fueron intervenidos en ocho conferencias por expertos nacionales e internacionales, quienes generosamente compartieron su sapiencia y experiencias que sin duda son útiles para el ejercicio de las labores que cada uno desempeña.

Los conferencistas participantes en el congreso fueron: Los ponentes internacionales: Dra. Beatriz Rodríguez Acosta (Uruguay) “Ciberseguridad ¿a qué nos enfrentamos?”; Dr. Eduardo Salcedo

Albarán (Colombia) “Redes Criminales y Corrupción”; Dra. María Mexigos (Uruguay) “Criminalidad Digital, Redes Sociales, pornografía infantil”; Dr. Guillermo Macías (México) “Delitos Cibernéticos” y Dr. José Manuel Arroyo Gutiérrez (Costa Rica) con la ponencia “Claves para una investigación exitosa en Delitos de Corrupción relacionados con Redes Cibernéticas”. Por Guatemala: El Doctor Rony Eulalio López Contreras, Secretario de la Corte Suprema de Justicia presentó el tema “La Corrupción”; el señor Secretario de Política Criminal, del Ministerio Público, Licenciado Rothman Pérez, abordó el tema “Desafíos en la Persecución Penal Estratégica de Redes de Corrupción”; Ing. Daniel Otzoy expuso sobre la Seguridad Informática (Ethical Hacking). Así mismo dentro de la temática del congreso se realizaron foros de discusión con los ponentes los cuales fueron exitosamente moderados por el Maestro Hugo Roberto Saavedra y Licenciado Fernando Espina.

En las líneas siguientes se presenta una síntesis de los temas que se abordaron en este congreso, en el que se abordó de manera abundante sobre la Corrupción, redes criminales y redes cibernéticas.

En el congreso, las conferencias se centraron en tres grandes temáticas como lo fue: 1) la Corrupción, 2) Redes criminales y 3) Redes cibernéticas, en tal sentido se presentan agrupadas temáticamente las principales expresiones colectadas de los conferencistas tanto nacionales como internacionales.

Los aspectos relevantes para el abordaje del tema corrupción en el sistema de justicia, los conferencistas expresaron: Que la corrupción y crimen organizado se ha venido consolidando en el mundo en las últimas dos décadas, en el caso de Guatemala con siglos de violencia e inestabilidad política y debilidad institucional, las organizaciones criminales tienen terreno fértil para ver prosperar sus propósitos.

Advierten la existencia de corrupción privada (actividades lícitas para actividades ilícitas), es decir cualquier acto ilegal caracterizado por engaño ocultamiento o violación de confianza, principalmente realizado por un individuo u organización para obtener dinero, bienes, servicios o para tener ventajas personales o afectar la libre competencia.

Por otro lado en relación a la corrupción pública (reclutamiento de policías, militares, políticos, fiscales, jueces, etc.), se explicó que se trata del uso indebido o abierto abuso de la función, esta se perpetra desde un cargo público, cualquiera sea la forma en que se ha accedido a éste y con amplio universo de conductas posibles. Puede tratarse de la obtención de un beneficio patrimonial o de cualquier otra índole, tanto para el agente delictivo como para un tercero. Incluye tanto las acciones como omisiones. Relevante resultan las expresiones cómo “Nada ni nadie puede estar por encima de la ley”; Que: “El ciudadano puede hacer todo lo que no le esté expresamente prohibido (*pro libertate*); pero el funcionario sólo puede hacer lo que le esté expresamente permitido”; “Que se

debe dar a los caudales públicos la aplicación ordenada por la ley”; “No atentar contra el patrimonio del Estado”; Además que: “No se debe exigir utilidades indebidas por la prestación de los servicios públicos”.

Se resaltó la Capacidad de respuesta del Estado de Guatemala, principalmente por la constitución de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, la intervención efectiva de los órganos policiales, fiscales y judiciales, la incorporación de legislación moderna, el establecimiento de jurisdicciones especializadas como lo son los Tribunales de Mayor Riesgo, lo que constituye una auténtica estrategia de contención y ejemplo mundial. Importante resulta señalar que se indicó que Guatemala cumple con la incorporación a su legislación interna de las principales figuras penales y procedimientos especializados para el abordaje y tratamiento anticorrupción.

Se hizo énfasis en que la clave para una efectiva contención y neutralización del fenómeno de la corrupción y redes criminales, lo constituye el diagnóstico certero del *modus operandi*, el Fortalecimiento de la investigación criminal, la especialización de unidades policiales, el control interno de las cárceles y una legislación especial para el juzgamiento del crimen organizado.

También se pronunciaron sobre la importancia de establecer espacios de cooperación internacional para el asilo o custodia que corresponda para que los testigos puedan atestiguar libremente y

la viabilidad de la creación de un sistema judicial centroamericano, con características propias para una justicia transnacional con instituciones y justicia propia contra la corrupción centroamericana.

En el pronunciamiento de las Redes Criminales, los conferencistas realizaron aportes importantes en el entendimiento del *modus operandi*, de estos grupos delictivos, entre las principales locuciones se dijo: Hay que entender la estructura, la dimensión y el alcance de las Macro Redes de Corrupción principalmente porque estas utilizan personas jurídicas, las tecnologías de la información han cambiado la estructura criminal, convirtiéndolas en estructuras altamente descentralizadas.

En relación a las leyes, se hizo especial énfasis, que éstas están desactualizadas en relación a lo que está sucediendo en la actualidad, en tal sentido debe haber voluntad política para poder entender el fenómeno criminal y su alcance, porque cada vez son más rápidos, más conectados, más descentralizados, con habilidades para expandirse en nuevas actividades y áreas geográficas, con capacidad para aprovechar el uso de los sistemas de comunicaciones y tecnología. Su actividad se extiende a varios Estados y ésta constante evolución de la criminalidad, hace necesario dinamizar los métodos y técnicas de investigación.

Un gran reto para el enjuiciamiento, de las macro redes criminales, lo constituyen el acreditar el financiamiento de ilícitos, por el uso de

monedas encriptadas (los bitcoins), ya que no se sabe por dónde pasan, cada vez van cambiando y la posibilidad de rastrearlas es casi imposible.

En las ponencias relacionadas con Redes cibernéticas, los oradores presentaron contribuciones para el efectivo entendimiento de los riesgos de la información electrónica y las principales acciones en los ciberdelitos. Se explicó que la Ciberseguridad puede entenderse como la protección de activos de información, mediante el tratamiento de las amenazas que ponen en riesgo la información que se procesa, se almacena y se transporta mediante los sistemas de información que se encuentran interconectados y que los sistemas de información pueden ser vulnerados en cualquier momento, aunque se tenga el sistema de seguridad más sofisticado.

Respecto a los ilícitos cometidos en entornos digitales, enseñaron que el Grooming, consistente en acciones deliberadas, por parte de un adulto que establece lazos de amistad con un niño o niña en internet con el objetivo de obtener una satisfacción sexual mediante imágenes eróticas o pornográficas del menor o incluso como preparación para un encuentro sexual. Otra acción es el ciberbullying, que consiste en el uso de los medios telemáticos (internet, telefonía móvil y video juegos on line principalmente) para ejercer el acoso psicológico entre iguales, también se indicó que el Ciberacoso es la forma de intimidación con uso deliberado de tecnologías de información para ejercer maltrato psicológico

y continuado (escolar) se mencionaron otras acciones como el Sextorxión y Pornografía infantil.

Entre otras modalidades, para la comisión de los ilícitos antes mencionados, se hace uso de un perfil falso también denominado Fake, consistente en falsificación o imitación. Un fake puede suplantar al perfil o identidad de una persona real utilizando su nombre, la dirección y la imagen. Un perfil falso puede ser una identidad creada desde cero.

Los conferencistas indicaron que el Hacking consiste en entrar a un servidor sin autorización, que el Phishing es obtener información confidencial como nombres de usuario, contraseñas y detalles de tarjetas de crédito; haciéndose pasar por una entidad confiable en una comunicación electrónica. En materia informática también se encuentra el fenómeno criminal de la Extorsión, actividad que se caracteriza cuando un ciberdelincuente secuestra información sensible de una computadora y para recuperarla se debe pagar cierta cantidad de dinero.

Importante resultó la revelación sobre la existencia de “hacker ético”, siendo éste un experto en computadoras y redes quien sistemáticamente intenta penetrar un sistema computacional o red en nombre de sus propietarios con el propósito de encontrar vulnerabilidades de seguridad que un “hacker malicioso” podría potencialmente explotar.

Los participantes en el Congreso, analizaron las ponencias de los expositores, tuvieron la oportunidad de interactuar con ellos en el espacio de preguntas y respuestas, además fue posible el intercambio de experiencias en las distintas mesas de trabajo que se organizaron y para el efecto cada grupo de trabajo, presentó las principales expresiones del congreso “Redes Cibernéticas, Redes Criminales y Corrupción”, así mismo presentaron sus conclusiones.

Para una mejor comprensión, se presentan las conclusiones de los participantes en el congreso, agrupadas en las tres temáticas abordadas como como lo fueron: 1) la Corrupción, 2) Redes criminales y 3) Redes cibernéticas.

Con relación al tema de corrupción los participantes concluyeron en:

- Motivar la cultura de la denuncia; generar campañas de concientización de principios y valores, principalmente tomar en consideración los valores éticos para infundirlos a los funcionarios públicos en capacitaciones.
- La existencia de leyes ambiguas y discrecionales generan corrupción porque tienen una intencionalidad y un propósito que permite la discrecionalidad. Son leyes figurativas encubiertas o simbólicas.

- La imposición de penas drásticas, no se podrá erradicar la corrupción, ya que las penas deben ser efectivas al daño causado.
- Las principales causas de la corrupción son: La pobreza, la ausencia de prosperidad, ausencia de valores y cultura de honestidad, causas que afectan al sector justicia, en el retardo malicioso en la administración de justicia.
- El fenómeno de la corrupción vulnera sistemáticamente derechos humanos de la sociedad, generando una macro victimización, toda vez que el incumplimiento de las obligaciones estatales trae aparejada la desatención de las obligaciones principales, derivado a esto se generan víctimas. La corrupción debilita el sistema estatal, elemento esencial para un paraíso de impunidad. Los efectos de la corrupción se prolongan en el tiempo y motiva la falta de progreso en la sociedad.
- La corrupción que opera en el sector público, se considera más grave que la del sector privado, por el cargo que ostenta y la confianza que se le ha dado al funcionario como garante, y derivado a que se desvía el interés supremo del Estado que es el bien común, el desvío de fondos perjudica al pueblo ya que dicha corrupción se da en todos los niveles, violando derechos humanos.

- En Guatemala existen redes criminales que inciden en el actuar de los funcionarios del sector justicia.

Las conclusiones del tema Redes Criminales, presentadas por los participantes en el congreso fueron:

- Propiciar la suscripción de un convenio para la determinación de la responsabilidad de los Estados si estos no cooperan con el combate a las redes criminales.
- Es necesario establecer un procedimiento especial para la investigación y el juzgamiento de redes criminales e implementar estructuras necesarias para las instituciones involucradas sumadas a ello debe de existir una capacitación continua de los funcionarios del sector justicia.
- El tratamiento procesal de los cómplices en la investigación y juzgamiento de redes criminales debe ser distinto al de los autores, siempre y cuando colaboren con las pesquisas, resolviendo su situación procesal por vías alternas, privilegiando a las víctimas del hecho delictivo.
- La falta de fuentes de trabajo es la causa principal para integrar organizaciones criminales, por la urgencia social de cubrir las necesidades mínimas.

Las conclusiones presentadas por los participantes en el congreso jurídico, respecto al tema Redes Cibernéticas, radicaron en:

- Las redes criminales cibernéticas perjudican al comercio y a la industria en el Estado de Guatemala, en los ataques realizados al sistema informático de una empresa, el costo se traslada a los usuarios y genera competencia desleal.
- La persecución penal del delito debe ser especializado, con defensa técnica especializada, así como los jueces que imparten justicia, pero principalmente debe promulgarse una ley que contenga los delitos cibernéticos.
- En el Estado de Guatemala existen Redes Cibernéticas dedicadas a la trata de personas, el modus operandi es variado, sin embargo, generalmente utilizan perfiles falsos en redes sociales, en dónde aparentemente promocionan trabajo como modelos, para captar a sus víctimas y luego explotarlas sexualmente. Acciones que muchas veces no son denunciadas.

Para su reflexión, se presenta el siguiente relato:

“En el mes de febrero del año dos mil quince, medios de comunicación en el mundo daban a conocer el hallazgo de una “bomba”, sin detonar, de la segunda guerra mundial, su peso aproximado era de 250 kilos, fue encontrada debajo de una de las tribunas del estadio del equipo de futbol, Borussia Dortmund, en Alemania. El estadio

tiene capacidad para 80,645 espectadores. La bomba estaba ahí hace más de 70 años, pero nadie lo sabía. La bomba era capaz de destrizar todo el estadio. La bomba fue desactivada por expertos en la materia; afortunadamente era inofensiva pues para que un artefacto de esa naturaleza explote necesita ser activado por alguien, pero hasta que eso no suceda, por mucho poder que tenga, se convierte en un poder anulado.” (Carias, 2017)

En este congreso, generosamente expertos nacionales e internacionales, han compartido su sapiencia, así como su experiencia, conocimiento que puede convertirse en un detonante capaz de convertirse en una explosión de éxito en el abordaje de la compleja tarea, que, como sector justicia, se tiene frente al procesamiento en los ilícitos de corrupción, redes criminales y redes cibernéticas.

El autor hace propia la afirmación del Doctor. José Manuel Arroyo Gutiérrez quien durante su exposición manifestó:

“Tan importante es que la fiscalía “amarre” bien un caso, como que la defensa (pública o privada) vigile y contradiga en todo lo lícitamente posible los procedimientos y los contenidos probatorios.”

Todo cambia constantemente, los cambios generan grandes retos, porque se enfrentan escenarios para los que no se está preparado. Hay que tener conciencia del cambio y asumirlo como un reto para estar actualizados, los procesos para la aplicación de

justicia están cambiando, es entonces necesaria la existencia de políticas públicas para establecer un procedimiento especial para la correcta investigación apegada a los criterios informáticos y la ley, en los cuales se garantice el juicio justo a estas redes criminales, además del irrestricto respeto de los derechos fundamentales de los seres humanos y aquella facultad inalienable de defenderse de cualquier incriminación, ante un tribunal de justicia independiente e imparcial.



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.

