



Revista del Defensor

Instituto de la Defensa Pública Penal

Revista del Defensor No. 13
Guatemala, marzo de 2020

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

M.A. Hugo Roberto Saavedra
Coordinador de UNIFOCADEP

Consejo Editorial

M.A. Hugo Roberto Saavedra
M.A. Samuel Villalta Aguilar
Dra. María Eugenia Sandoval de Paz
M.A. Georga Magdalena Guzmán García

Tratamiento de Contenido

M.A. Hugo Roberto Saavedra
Coordinador de UNIFOCADEP

Diseño y Diagramación

Luis Fernando Hurtarte

Revisión de Estilo

M.A. Georga Magdalena Guzmán García
Dra. María Eugenia Sandoval de Paz

13



IDPP

Instituto de la Defensa Pública Penal



Índice

1. **Novísima tendencia de protección de Derechos Humanos de grupos vulnerables: sentencia estructural atípica, un desafío para el defensor** 07
M.A. Hugo Roberto Saavedra
2. **El peritaje cultural en el proceso penal guatemalteco** 29
Dra. Astrid Kenelma García y Vidaurre
3. **La negociación como una interacción entre víctima y victimario** 51
Dra. María Eugenia Sandoval de Paz
4. **La pertinencia de la aplicación del derecho indígena en los Pueblos Mayas** 65
M.A. Lery Dinora Morales Herrera
5. **Estándares internacionales en la aplicación de la prisión preventiva** 79
M.A. Fidencia Orozco de Licardi
6. **La violencia intrafamiliar en Guatemala, causas y consecuencias** 105
M.A. Eduardo Barrera Calderón
7. **Síntesis de la apelación penal** 123
M.A. Samuel Villalta Aguilar
8. **La prisión provisional en Guatemala: una monstruosidad jurídica** 153
M.Sc. Otto Aníbal Recinos Portillo
9. **El ácido desoxirribonucleico en la investigación criminal** 175
M.A. Luis Enrique Quiñonez Zeta



10. **El litigio estratégico y la función del defensor público** 195
Lic. Federico Augusto Ruata Cardona
11. **Cuestiones constitucionales desde la teoría de género** 209
Dra. Gloria Edith Ochoa
12. **Interrupción legal del embarazo** 235
Lic. Sergio Federico Morales
13. **Análisis de la iniciativa de Ley 5311: procedimiento especial de aceptación de cargos** 255
Lic. Manuel Antonio Ochaeta De la Cruz
14. **La interpretación del neoconstitucionalismo en materia penal** 275
Dra. Ivette Amarilis Joaquin Amaya

Editorial

Para el Instituto de la Defensa Pública Penal es gratificante presentar la decimotercera edición de la “Revista del Defensor” la cual es un compendio de temas de interés y actualidad en el ámbito sustantivo, procesal y de Derechos Humanos temáticos, que han sido escritos por defensores públicos, que comparten sus conocimientos y transferencias de experiencias en cada uno de los artículos que se ofrecen a los lectores de esta revista.

Es de resaltar la mística, compromiso y esfuerzo académico de los autores en la elaboración de cada artículo, que sin lugar a dudas es un aporte significativo al lector y especialmente al defensor público, pues contienen aditivos doctrinarios, legales, praxis y jurisprudencia, componentes que han de incidir en efficientar el servicio que se presta a los usuarios del Instituto de la Defensa Pública Penal.

El Consejo Editorial ha revisado cada uno de los artículos de esta revista la cual cuenta con 14 temas que han sido validados por su fundamento, referencias y punto de vista del articulista con la finalidad de ofrecer contenidos de calidad cognitiva. Algunos de los temas que se pueden mencionar: Novísima tendencia de protección de Derechos Humanos de grupos vulnerables: sentencia estructural atípica, un desafío para el defensor; Síntesis de la apelación penal; Cuestiones constitucionales desde la teoría de género; El ácido desoxirribonucleico en la investigación criminal; entre otros.



Es loable resaltar el trabajo realizado por la totalidad del equipo de trabajo de la Unidad de Formación y Capacitación de Defensores Públicos, quienes con esmero y dedicación han sacado a luz este ejemplar de la “Revista del Defensor”, que se convierte en un aporte bibliográfico de alto nivel académico, para el Instituto de la Defensa Pública Penal.

Apreciable lector y defensores públicos, se les invita a enriquecerse con el contenido de la presente “Revista del Defensor” en su edición decimotercera, la cual se suma como un plus a la formación y profesionalización del talento humano del Instituto, la cual merece socializarse entre los otros actores del Sector Justicia, en foros y estudiantes de derecho, pues es un producto generado desde el Instituto de la Defensa Pública Penal, como un aporte científico a la comunidad jurídica de penalistas, en el entendido que “el conocimiento” es patrimonio de la humanidad.

M. Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes
Director General

Nota: UNIFOCADEP respeta los derechos de autor de cada uno de los artículos aportados a la presente revista.



Novísima tendencia de protección de Derechos Humanos de grupos vulnerables: sentencia estructural atípica, un desafío para el defensor

M.A. Hugo Roberto Saavedra

“Privar a las personas de sus Derechos Humanos es poner en tela de juicio su propia humanidad”

Nelson Mandela

Más que abordar un problema técnico legal en analizar malas prácticas en audiencias o de detectar errores en acusaciones, esta ponencia constituye un verdadero desafío para el defensor en lograr una Sentencia Estructural Atípica, que viene a constituir un nuevo paradigma y es otra opción para frenar las múltiples violaciones a derechos humanos de los privados de libertad, por lo que se invita a reflexionar sobre esta tendencia novedosa y no descartar esta herramienta que está al alcance del defensor y que es factible operativizarla en defensa de nuestros usuarios.

En diferentes foros académicos sobre Derechos Humanos, expertos en estas temáticas, incluso en textos especializados, en los Doctorados y Maestrías se abordan exposiciones sobre la existencia de Mecanismos



de Protección de Derechos Humanos, del Sistema Universal de la Organización de Naciones Unidas - ONU- o del Sistema Regional de la Organización de Estados Americanos –OEA-, Mecanismos que se han clasificado por estos organismos supranacionales en Convencionales y Extra convencionales.

Los Mecanismos convencionales están regulados taxativamente en los Convenios y Tratados de Derechos humanos, por ejemplo, en la Convención Americana de Derechos humanos, en el artículo 41, se listan algunos Mecanismos de tutela de derechos fundamentales, tal es el caso de facultar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a formular recomendaciones a los Estados signatarios o pedir informes sobre la situación de Derechos Humanos temáticos y para el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el dictar medidas provisionales de protección en favor de una persona o grupo determinado, en todo caso, estos organismos supranacionales, Comisión y Corte, son verdaderos Mecanismos de protección de Derechos humanos, de carácter convencional.

En cuanto a los Mecanismos de Protección Extra Convencionales, son aquellos que surgen con posterioridad a la vigencia de la Convención o Tratado, por lo que no están regulados en esos parámetros, verbigracia, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belén Do Pará, entró en vigencia en marzo del año 1995, que reguló la rendición de informes por parte de los Estados partes, opiniones consultivas y



presentación de denuncias y quejas, en los artículos 10, 11 y 12, sin embargo, la Comisión Interamericana de la Mujer, detectó falencias en esos Mecanismos convencionales, por ello los objetivos de la Convención no se estaban realizando, lo cual motivó a implementar el Mecanismo extra convencional, denominado “Estatuto del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belén Do Pará”, que es un sistema que evalúa periódicamente los avances en erradicar la violencia contra las mujeres.

Así mismo, a lo interno de los Estados, existen también Mecanismos de protección de los Derechos humanos, como sería el caso del *Ombudsman*, conocido como el defensor del pueblo en España o Procurador de los Derechos Humanos, en Guatemala, el *Habeas data*, la existencia de instrumentos jurídicos del *Habeas Corpus* y de la Acción Constitucional de Amparo, por citar algunos ejemplos.

Está protección a los Derechos humanos, se ha maximizado por la propia dialéctica social que ha generado multiplicidad de violaciones estructurales a esos derechos, por ello los Mecanismos también han evolucionado, con nuevas propuestas de tutela, como sucede con la novísima tendencia de las Sentencias Estructurales Atípicas o Macro sentencias, dictadas por Cortes Constitucionales, en aquellos países que tienen el sistema de control constitucional concentrado o europeo.

Pero ¿cuál es la importancia de una Sentencia Estructural Atípica para el defensor público?, bueno, la respuesta se desarrollará transversalmente en esta ponencia, previa explicación de esta herramienta, a efecto de comprender su trascendencia.



1. Nociones básicas sobre una sentencia estructural atípica

El antecedente histórico de esta clase de sentencias, data de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, en 1954, en el caso *Brown versus Board of Education* (junta de educación) relacionado con escuelas para raza blanca y para raza negra, concluyendo la Corte que se estaba violentando la decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, al vulnerarse sistemáticamente la protección igualitaria de las personas ante la ley, con lo cual inicia la era del fin de la segregación racial, pues desde la fundación de aquel país, el trato adoptado por los colonos americanos para con los indios y negros fue de rechazo, exclusión y aislamiento de esas comunidades.

Se infiere, pues que la génesis de esta clase de sentencia estructural surge debido a que están ocurriendo graves violaciones a derechos humanos, de forma sistemática, masiva, progresiva e institucionalizada, por parte del Estado en perjuicio de grupos considerados vulnerables por razones de género, de edad, de comunidades indígenas o de privados de libertad, entre otros, tal como lo establecen las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, entonces, el presupuesto esencial de una Sentencia Estructural es la inacción o aquiescencia del Estado al no proteger o permitir violaciones a derechos humanos consagrados en el texto constitucional o en el Bloque de constitucionalidad, en agravio de aquellos grupos vulnerables y lógico resulta que, si el ente político cumpliera con esa tutela, no sería necesario recurrir a este Mecanismo de protección.

Los avances en materia constitucional por Cortes Constitucionales, han sido relevantes y progresistas en un activismo judicial extremo, que con anterioridad no tenía, pues el juez constitucional, es el llamado a cesar la conculcación de derechos humanos de diversos colectivos y de garantizar la plena vigencia de los mismos y es que:

“El activismo judicial es un fenómeno o comportamiento de los tribunales que según como se desarrolle, puede afectar a todos los actores del sistema jurídico, en primer lugar, tiene un impacto en la rama legislativa del poder público, pues, en ocasiones, los tribunales utilizan competencias propias del poder de configuración normativa y regulan ciertos asuntos que, en algunos casos, presentan insumos fundamentales para construir políticas públicas del ejecutivo” (Guzmán Jiménez, 2018, Página 4),

en este sentido el “activismo judicial”, es la herramienta indispensable para dictar una Sentencia Estructural Atípica, la cual impacta en la estructura estatal, en el ejecutivo, en el legislativo, en el poder judicial y otras instituciones afines.

Lo atípico de la Sentencia Estructural, es porque la *ratio decidendi* posee connotaciones y consecuencias de carácter jurídico y político, es realmente un cambio de paradigma constitucional, pues a través de ellas se brindan directrices razonables y fundamentadas, a diferentes instituciones



del Estado involucradas en violentar derechos humanos de un grupo en particular, para que configuren políticas públicas que materializaran la tutela efectiva de los referidos derechos, incluso, esos efectos abarcan a otras entidades públicas que no fueron denunciadas de vulneradoras, al considerar que el Estado es una unidad política y jurídica.

El contenido sustancial de una Sentencia Estructural Atípica deberá contemplar las siguientes aristas:

- a) Se está afectando a un grupo vulnerable en determinados derechos humanos, por lo que ellos son las víctimas.
- b) Involucra a varias entidades estatales como responsables de esas vulneraciones.
- c) Se dictan órdenes de ejecución compleja, en formulación de políticas públicas y en su caso de carácter legislativas.
- d) La finalidad de las directrices emanadas del Tribunal Constitucional al poder público, es resolver las causas estructurales que están provocando la vulneración de los derechos humanos del colectivo minoritario.
- e) Seguimiento del juez constitucional, de las directrices emitidas al poder público, con acompañamiento de la sociedad civil e instituciones gubernamentales.

2. Un vistazo al derecho comparado en relación a sentencias estructurales atípicas

Es Colombia la pionera en América Latina, en dictar este tipo de Sentencias, mediante la denominada “garantía de tutela”, cuyo asidero legal es el artículo 86 de la Constitución colombiana, que faculta a toda



persona a ejercer esta acción ante juez, a efecto de reclamar la protección inmediata de sus derechos humanos constitucionalizados, por acción u omisión, precepto que se transcribe para mayor ilustración, del defensor:

Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

Las acciones de “garantía de tutela”, se ejercieron ante la Corte Constitucional, por varios privados de libertad, generando la Sentencia Estructural, identificada con número T-153 del año 1998, que constituyó un hito histórico, en cuanto al fenómeno del hacinamiento carcelario, en cárceles de Bellavista, Medellín y la Modelo, en Bogotá, fenómeno que afectó directamente la dignidad de los reclusos, de la cual se transcriben algunos párrafos, para comprender el razonar del juez constitucional y los efectos del referido fallo:



“En las cárceles del país, impera un inadmisibles estado de cosas inconstitucionales, en el que la negación de los derechos humanos más básicos se ha vuelto cotidiano, y frente al cual las autoridades responsables han omitido históricamente el cumplimiento de sus obligaciones. La Corte constató que la situación que narraban los demandantes no era aislada, sino que así funcionan todos los establecimientos carcelarios, por lo que se concluye que no existía ninguna previsión ni programa de las autoridades responsables para remediar ese problema estructural. Las cárceles colombianas se han convertido en un problema de orden público y en centros donde se violan sistemáticamente los derechos fundamentales de los internos”.

Finalmente, la Corte, realizó las siguientes órdenes:

“...se ordenará que, en un término de tres meses, se elabore un plan de construcción y refacciones, con el cual se pueda hacer frente a la situación de hacinamiento y se adecuen los penales actuales a los requerimientos mínimos para el alojamiento de los internos. El plan deberá ser elaborado por el INPEC, el Ministerio de Justicia y el Departamento Nacional de Planeación. La Defensoría del



pueblo y la Procuraduría General de la Nación supervigilarán que los proyectos...”

“En armonía con lo anterior, y teniendo en cuenta que la remodelación que se adelanta en las celdas de la Cárcel Distrital Modelo de Bogotá no contribuye a ofrecerles a los reclusos condiciones de alojamiento dignas, se suspendan...”

“La Corte es consciente de las carencias de personal especializado para las tareas de resocialización en los centros de reclusión. Por eso ordenará al Ministerio de Justicia y Derecho, al INPEC y Ministerio de Hacienda que tomen las medidas presupuestales necesarias para superar esa situación.”

La Corte también manifiesta que “para la creación de nuevas cárceles es necesario acudir a las distintas ramas del poder público como el Senado y también al Presidente de la República, con el propósito de que la planeación de las nuevas cárceles se lleve a cabo de manera efectiva y para que no se violen los derechos fundamentales de los internos a causa del hacinamiento...”.



Se resalta que en la sentencia T-153, se adoptan nueve directrices dirigidas a las diferentes autoridades y entidades encargadas del sistema penitenciario y carcelario, por ejemplo el diseñar un plan de construcción y refacción carcelaria e implementarlo; crear un lugar especial para los miembros de la fuerza pública; separar a los sindicatos de los condenados; investigar la falta de presencia de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad a las cárceles de Bellavista, Medellín y la Modelo en Bogotá y adoptar medidas de protección urgentes mientras se adoptan las medidas de carácter estructural y permanente.

Por su parte la Sentencia T-760, del año 2008, sobre la vulneración del derecho humano a la salud, que involucró 22 casos concretos de violaciones, unos por negación a tratamiento médico y otros por falta de medicamentos, por lo que se emitió un gran número de directrices al Estado colombiano y se citan algunas:

- Orden 17. Actualización integral de los Planes Obligatorios de la Salud POS.
- Orden 18. Actualización de los Planes Obligatorios de Salud por lo menos una vez al año.
- Orden 19. Garantizar que todas las Entidades Promotoras de Salud (EPS) entreguen un informe trimestral sobre la negación de servicios y sus causas.
- Orden 20. Identificar las EPS y las IPS que con mayor frecuencia se niegan a autorizar oportunamente servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.



Lo interesante de esta sentencia estructural, es que fijó plazos para la ejecución y materialización del fallo, en el cual se determinó que eran susceptibles de prórroga, por parte de la Corte Constitucional, para dar seguimiento al cumplimiento de las directrices emanadas de este alto organismo e invitó a actores de la sociedad civil, a organizaciones promotoras de derechos humanos y otras, a participar públicamente en la formulación de políticas públicas para mejorar la tutela del derecho humano a la salud y coadyuvar en la evaluación de los avances, en audiencias públicas.

La experiencia costarricense es meritoria, pues a través de la Sentencia Estructural 2011-13800, dictada por el Tribunal Constitucional, el 12 de octubre del año 2011, se reconoce el derecho de las privadas de libertad con orientación sexual diversa de obtener el beneficio de la visita íntima, al considerar que se genera una discriminación, en virtud de la opción sexual de una persona, negando el goce del derecho a la intimidad, a la sexualidad, con respecto a las personas homosexuales y que este derecho está reservado solo a las personas heterosexuales, circunstancia que se rechaza en dicha resolución al razonar que:

La dignidad humana no puede violentarse a través de normas legales que no respeten el derecho inalienable que tiene cada persona a la diversidad, tal como sucede con la norma que se impugna en la presente acción, la cual establece una prohibición contraria a la dignidad humana, desprovista de una justificación objetiva,



pues se basa en criterios de orientación sexual, discriminando ilegítimamente a quienes tienen preferencias distintas de las de la mayoría, cuyos derechos o intereses en nada se ven afectados por la libre expresión de la libertad de aquellos.

3. Experiencia nacional en esta tipología de sentencias estructurales

Por su parte la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, coherente con esta modalidad de fallos novísimos, dictó la resolución titulada literalmente como “Sentencia Atípica Estructural con efectos nomogénéticos: Derecho de consulta de los Pueblos indígenas”, de fecha 26 de mayo del año 2017, a través de la cual se reconoce el Derecho Humano de los pueblos indígenas a la consulta, de conformidad a lo prescrito en el Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en el caso de la Hidroeléctrica Oxec y Oxec II, cuyo amparista fue la comunidad indígena q’eqchi, del municipio de Santa María Cahabón, departamento de Alta Verapaz, que denunció que no se les informó sobre esas mega obras y así poder realizar la consulta a la población sobre las mismas, vedándosele el derecho a decidir sobre su territorio, que a su vez provoca un grave impacto social en la comunidad al violentarse su cosmovisión, inclusive el alto riesgo que corre la población, al privar el agua y reducir el caudal de los ríos, debido al proyecto hidroeléctrico.

Se declaró con lugar el amparo estructural y se fijó al Congreso de la República un año, como plazo, para elaborar la normativa referente a consultas indígenas, así mismo fija plazos para realización de la consulta



respectiva, incluso, se podrán prorrogar esos plazos por parte de la Corte, a efecto de materializar la ejecución del amparo.

Lo más significativo de este tipo de Sentencia, es que el criterio de la Corte plasmado en la Sentencia Estructural, sobre la consulta a comunidades indígenas, no se limita solo al caso de Santa María Cahabón, sino que el mismo se debe aplicar en el futuro a “casos similares”, por lo tanto, el Estado de Guatemala deberá realizar la consulta popular a los pueblos indígenas cada vez que pretenda autorizar mega proyectos que afecten a esos grupos vulnerables.

4. Sentencia estructural atípica y el rol del defensor público

Se traspolan estas reflexiones, sobre Sentencias Estructurales Atípicas, al ámbito de actuación del defensor público, que recurrentemente está denunciando vulneración de derechos humanos de los usuarios privados de libertad por excelencia, ante el juez, fiscal, Sistema Penitenciario y Policía Nacional Civil, sin obtener respuesta alguna de los otros actores del sector justicia, recurrencia que ha adquirido connotaciones de vulneraciones “masivas”, institucionales, sistemáticas y estructurales:

- a) Esas conculcaciones tienen carácter de masivas, pues afectan a un gran número de privados de libertad, en forma simultánea y a nivel nacional, al violarse el mismo derecho humano, plenamente identificado.
- b) Las violaciones tienen carácter de institucionales, pues el Estado es el responsable directo como “unidad” de vulnerar determinados derechos humanos de los privados de libertad.



- c) La vulneración sistemática, se presenta por el patrón de reiteración en diferentes casos concretos, de forma simultánea.
- d) Finalmente, se consideran violaciones estructurales, por constituir prácticas represivas, instaladas históricamente en el aparato estatal y en grupos de poder económico y político, que no permiten el desarrollo integral de determinados grupos vulnerables cuyo estatus es de pobreza, discriminación, exclusión, diversidad sexual, población indígena, mujer, sexismo y racismo, que generan injusticia social, pues no tienen la posibilidad ni el acceso a servicios en general, debido a que la clase dominante es la favorecida en perjuicio del vulnerable. La perfilación de los privados de libertad, ingresan en algunas de esas categorías.

Está demás, pero es válido el ejercicio de preguntar desde la óptica del defensor o defensora ¿qué derechos humanos de los privados de libertad se vulneran recurrentemente, en el proceso penal? la respuesta es posiblemente temeraria al afirmar que existe un *numeros apertus*, de ejemplos.

Ante estos escenarios, la defensa no puede permanecer indolente, por lo que se abre la posibilidad de recurrir a la Sentencia Estructural Atípica, vía el Amparo estructural.

5. La acción de amparo estructural generará la sentencia estructural atípica

Superado el estadio de comprensión de cómo opera esta herramienta estructural, llega el momento de referirse a detalles técnico legales, que la defensa

debe tener presente para lograr una Sentencia Estructural, advirtiendo que el núcleo de las ideas fuerza, que se presentan en este espacio gravitarán en la Ley de Amparo, Exhibición personal y de Constitucionalidad (la que se denominará en adelante Ley de Amparo), pues este enfoque, no es de abordar casos concretos sino ilustrar algunos criterios de fundamentación del Amparo estructural, que generará la Sentencia Estructural, dejando en libertad al defensor a matizar los aspectos fácticos, probatorios y jurídicos de casos concretos que él seleccione, en los cuales considere que se existen vulneraciones sistemáticas a determinados derechos humanos de los usuarios del Instituto.

Como actos previos, a la presentación de esta clase de amparo, la defensa debe realizar trabajo de campo e investigación, de los casos concretos seleccionados que certeramente involucran violación sistemática a derechos humanos, de los privados de libertad, por excelencia, priorizando algunas vulneraciones en particular, pues la metodología aconseja poner en relieve las más graves, ello implica recolectar la mayor cantidad de datos fidedignos, los que han de quedar registrados en diversos formatos ya sean físicos o digitales y debido a que se estará involucrando no solo a la institución directamente responsable sino que a otras, entidades responsables en el Amparo Estructural, necesario es estudiar su ley orgánica y reglamento, para establecer las funciones de esas instituciones y en caso se decida brindar participación a organizaciones del sector civil, para dar acompañamiento a las directrices de la Corte, pues se deberá analizar sus estatutos o escrituras fundacionales, para determinar sus competencias.



Realizado el trabajo de campo, la defensa debe realizar ciertas reflexiones en torno a la Ley de Amparo, iniciando por el artículo 9, que otorga la facultad de presentar esta acción en contra del Poder público, allí está el fundamento de la “unidad estatal”, concibiendo al Estado como una estructura unitaria, un todo y no conformado por partes aisladas, por ello el Amparo estructural tiene el efecto irradiación, al involucrar a varias instituciones como corresponsables de las violaciones a determinados derechos humanos de un grupo vulnerable, es un enfoque holístico que no acepta visualizar al Estado en partes aisladas, por ello “el todo” es responsable por su omisión al no actuar con la debida diligencia. Se concatena, el anterior precepto con el artículo 8 y 10, de la referida ley, pues el amparo procede contra violaciones a derechos constitucionales (derechos humanos) y de conformidad con el artículo 44 y 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, también podría vulnerarse algunos del Bloque de constitucionalidad, el cual está conformado por un abanico de diferentes Tratados y Convenios internacionales en materia de derechos humanos.

Se reitera que el Amparo Estructural, es inclusivo, por ello se debe señalar a la autoridad impugnada como responsable directa en esa crisis de conculcaciones y por efecto irradiación, involucrar a otras dependencias y entidades que, debieron actuar y no lo hicieron (principio de unidad estatal) ello con la finalidad de involucrar a todas esas instituciones corresponsables y así terminar la causa estructural del problema planteado por el defensor y por supuesto, aplica el amparo provisional de conformidad



con el artículo 27 de la Ley de Amparo, para cesar inmediatamente las vulneraciones generalizadas y sistemáticas.

El análisis del ámbito fáctico (los hechos) es esencial en esta clase de amparo, pues se debe explicar con rigor cada caso concreto seleccionado, y exponer por qué se considera que se están produciendo violaciones a determinados derechos humanos de los privados de libertad, que sería el agravio material y sobre todo resaltar que las vulneraciones se producen simultáneamente, de forma reiterativa, masiva, sistemática, verbigracia, la arbitraria prisión provisional que no tiene fundamento legal en el código procesal penal y que constituye un verdadero encarcelamiento arbitrario, que genera incertidumbre jurídica al no resolverse el juez la situación jurídica de la persona detenida, afectando la libertad de locomoción, práctica que se ha generalizado en diferentes juzgados, principalmente en la ciudad capital.

El agravio formal consiste en citar el o los preceptos constitucionales vulnerados aplicables, y que, para el caso ejemplificador, es el artículo 26 de la Carta Magna, pues se está afectando el derecho humano de la libertad de locomoción debido al encarcelamiento arbitrario y que de conformidad con el artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos “Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario”, además se afecta el debido proceso y el principio de imperatividad, artículo 3 de la Ley Penal adjetiva, al crear una figura inexistente procesalmente, como lo es “prisión provisional”.



El agravio material y el formal se deben entrelazar con la probanza de las vulneraciones, tal como se establece en el artículo 21, literales e), f) y g) de la Ley de Amparo, que implica, tal como se ha expuesto, en una labor de campo y recolección de pruebas fehacientes, por ejemplo, las declaraciones de los propios agraviados (privados de libertad) contenidas en CDS, que es esencial, fotografías, videos, documentos y todo lo relativo a la probática científica y su epistemología, inclusive, acompañar lista de otros procesos que contemplen a privados de libertad que se encuentren en el mismo estatus de incertidumbre, también se puede señalar registros y libros públicos e historiales médicos como secuelas del encierro arbitrario y no descartar que se pueden señalar taxativamente algunos puntos esenciales instando a la alta Corte Constitucional a pedirlos a las instituciones impugnadas, al momento de requerir los antecedentes o informe circunstanciado, de conformidad con el artículo 33 de la ley precitada.

Lo novísimo de este tipo de Sentencia Estructural, es que la Corte de Constitucionalidad, realizará interpretaciones del texto constitucional desde el Neo constitucionalismo, al ponderar valores y principios, que exige razonamientos axiológicos profundos por parte del juez constitucional al dictar la Sentencia estructural, tal como lo preceptúa el artículo 42, segundo párrafo de la Ley de Amparo y no limitarse a una simple aplicación de reglas descontextualizadas y aisladas, sesgando el problema estructural planteado y con fundamento en ese Neo constitucionalismo, la Corte está legitimada para emitir directrices a los organismos competentes para que formulen determinadas política públicas en un plazo determinado o de adoptar las medidas necesarias para terminar con la causa estructural del problema planteado por la defensa.



Se resaltan, entonces para matizar lo fenomenológico de estas resoluciones, las Características de las sentencias estructurales, que son tres los criterios diferenciadores que definen las sentencias estructurales: en primer lugar se tratan de violaciones generalizadas y sistemáticas de derechos fundamentales; como segundo punto, se constata que la violación sistemática no es derivado de la sumatoria de problemas particulares, sino hay un problema de fondo, de bloque institucional o de un posible estancamiento del cauce político; y finalmente estas violaciones requieren de una política pública para lograr su efectiva subsanación. (Franco del Cid, 2017, página 94).

Existen argumentos deslegitimadores a esta clase de Sentencia Estructural Atípica, que arremeten indicando que una Corte Constitucional no pueden invadir competencias de otros organismos del Estado, extralimitando sus funciones al dar directrices u ordenanzas en formular políticas públicas para erradicar las causas estructurales del problema planteado en materia de Derechos Humanos, ese argumento es falaz, pues todo el actuar del Estado debe basarse con un enfoque en materia de Derechos Humanos, caso contrario, incurre en responsabilidad internacional de carácter convencional, pues el Estado ha asumido compromisos internacionales en la promoción, difusión y protección de esos derechos y ante las omisiones



graves del ente político en tutelar efectivamente esos Derechos Humanos, la alta Corte es la llamada a frenar esas violaciones sistemáticas, máxime si se trata de grupos vulnerables que históricamente han sido excluidos y discriminados, por segmentos que detentan el poder económico-político. Entre esos grupos, están los privados de libertad, usuarios del Instituto de la Defensa pública penal, a quienes se le están vulnerando sus Derechos Humanos de forma recurrente por lo que se invita a los defensoras y defensores públicos a razonar esta herramienta y tenerla presente como nueva tendencia en tutela de Derechos Humanos.

La racionalidad constitucional es diferente de la de las mayorías. Los derechos fundamentales son precisamente una limitación al principio de las mayorías, con el ánimo de garantizar los derechos de las minorías y de los individuos. El juez constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas, es decir de aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos. Sentencia T- 153/98, Corte Constitucional, República de Colombia.



Referencias bibliográficas

- Guzmán Jiménez, Luis Felipe. El activismo judicial y su impacto en la construcción de políticas públicas ambientales, Editorial Externando, Colombia, 2018.
- Franco del Cid, Astrid Stephane. Análisis de Sentencias Estructurales de Tribunales Constitucionales. Su aplicación en Guatemala, Tesis de Postgrado, Magister de Derecho Constitucional, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 2017.

Leyes

- Constitución Política de la República de Guatemala
- Ley de Amparo, Exhibición y de Constitucionalidad
- Código Procesal Penal

Convenciones

- Convención Americana de Derechos Humanos
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer
- 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de Vulnerabilidad





El peritaje cultural en el proceso penal guatemalteco

Dra. Astrid Kenelma García y Vidaurre

Al iniciarse un proceso en materia penal para cumplir con los fines del mismo y poder llegar a la aproximación de la verdad histórica de los mismos, considerándose además esa tutela judicial efectiva que es anhelada tanto por la propia víctima como el sindicado, pero sobre todo tomando en cuenta que para acreditar ante los juzgadores el planteamiento de diversas controversias es menester fortalecer los planteamientos apoyándose en la aplicación de expertos en cada materia en particular, de esa cuenta las causas pueden ser resueltas de una mejor forma concatenándose con la interpretación y aplicación de los Convenios Internacionales que han sido ratificados por Guatemala y con la certeza que las resoluciones emitidas por los jueces serán de una forma más objetiva, garantista y favorable a los procesados, respetándose con ello las garantías fundamentales y sobre todo el debido proceso a través de un juicio justo y velando por la dignidad humana de los ciudadanos guatemaltecos.

Aunado a lo anterior debemos de tomar en cuenta que Guatemala es un país pluricultural, multiétnico y multilingüe en el cual convergen diversos grupos étnicos, especialmente al iniciar el proceso penal es de suma importancia establecer como defensores públicos si es factible darle un enfoque



al caso con pertinencia cultural, tomando en cuenta la propia identidad, el idioma y su cultura, así al momento de iniciarse un juicio oral y público en el cual se encuentra como sindicado y agraviado personas de ascendencia maya, específicamente en casos relacionados con el delito de violación, que se deriva del matrimonio consentido de una menor de edad con un varón mayor de edad, ha sido aplicado en una mínima participación los peritajes con pertinencia cultural en el proceso penal, por lo que la defensa busca darles a estos casos un enfoque que de acuerdo a las costumbres propias e identidad de los pueblos indígenas les permita buscar una solución favorable cuando se tiene la noticia de que son citados ante juez competente, sin embargo, es hasta que estos procesos llegan a la etapa de juicio donde los jueces valoran el peritaje cultural y escuchan al perito que bien puede ser un antropólogo forense, o algún experto en sociología e historia, entre otros; quien en su función se constituye a las distintas comunidades, refiriéndose a la región de las Verapaces e investiga sobre la forma de vida, costumbres y cosmovisión de las mismas.

Como defensores públicos en el Instituto de la Defensa Pública Penal se cuenta dentro de los ejes transversales la Coordinación con Enfoque intercultural, teniendo en la misma la asesoría, el seguimiento de los procesos penales en los cuales se encuentran involucradas personas de ascendencia maya y tomando en cuenta la teoría del delito y analizado el elemento de la culpabilidad se puede observar que es aplicable, en casos concretos invocar el error de prohibición culturalmente condicionado como una variante del error de prohibición, en virtud de lo anterior desde el momento en que es citada una persona sindicada del delito de violación



para resolverle su situación jurídica se puede argumentar de acuerdo a la Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 66, 58 y 47 que establece el derecho de familia, solicitar la Falta de Mérito, sin embargo los jueces de instancia son renuentes a otorgar la falta de mérito y en todo caso prefieren dejar ligado a proceso penal al sindicado dictando el auto correspondiente para que sea en etapa de juicio oral y público en el que se pueda discutir al momento de emitir las conclusiones para solicitar una sentencia de carácter absolutoria, tomando en cuenta que para el matrimonio celebrado, con todo los rituales, entre personas de ascendencia indígena en ningún momento pasa por la mente tanto del hombre como de la mujer menor de edad, que voluntariamente contraen matrimonio según sus costumbres, que su acción o conducta pueda repercutir en una sanción para el varón.

Por ello, atendiendo a que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ha sido aceptado por Guatemala, debe ser considerado y tomado en cuenta por los juzgadores cuando emiten los fallos correspondientes, sin olvidar el debido proceso, la tutela judicial efectiva y la aplicación de un juicio justo garante y protector de los derechos humanos fundamentales que merecen todos los ciudadanos guatemaltecos sin discriminación alguna y atendiendo al principio de igualdad, legalidad procesal, el contradictorio y respetando la dignidad humana.

Es importante agregar que en el proceso penal el peritaje cultural, desarrolla un papel trascendental, primordialmente en Guatemala, en donde una gran parte de la población es indígena y comúnmente se criminalizan actos



o conductas que responden a una forma de vida y costumbres propias de su entorno, con la aplicación de los peritajes de tipo cultural se dará una explicación científica sobre determinado caso en concreto y al finalizar la recepción de los órganos de prueba la defensa podrá con seguridad y certeza jurídica, solicitar durante sus conclusiones una sentencia de carácter absoluta, lo cual contribuirá a fortalecer el cumplimiento de los preceptos constitucionales, especialmente las garantías fundamentales del debido proceso, y los mandatos contenidos en instrumentos internacionales en materia de derechos humanos sobre pueblos indígenas.

Los peritajes culturales han sido aplicados excepcionalmente por el Instituto de la Defensa Pública Penal por medio de la Coordinación de Enfoque Intercultural, que brinda el apoyo técnico jurídico a los defensores públicos para el diligenciamiento y propuesta como medio de prueba, lo relativo al peritaje cultural.

Es indudable admitir que el peritaje cultural prueba el error de comprensión culturalmente condicionado, específicamente al presentar a un juez casos en los que la víctima y el sindicado son personas indígenas y que hayan contraído matrimonio en su comunidad en forma voluntaria y conforme a sus costumbres, por lo que al presentar el peritaje cultural así como la declaración del perito, lo relevante del peritaje cultural es que queda acreditado que se cumplió con las características de matrimonio maya, es decir, revelando el derecho consuetudinario y la identidad propia de estas personas, tomando en cuenta que estuvo condicionado por error tanto sobre el tipo como por sus circunstancias culturales, es decir que



se advirtió que actuó como lo hizo en la creencia de estar haciendo lo correcto.

A continuación, algunas definiciones:

Como medio de prueba es factible presentar y ofrecer ante los órganos jurisdiccionales competentes el peritaje cultural, mediante el cual se ilustrará al juez en cuanto al conocimiento de los asuntos culturales, la región y la identidad propia de una persona que por alguna razón este siendo procesada en el ámbito penal, y que de alguna forma su situación jurídica puede resolverse con objetividad mediante la utilización del peritaje cultural.

La autora Guísela Mayen lo define como “La opinión emitida por un experto o profesional en cualquier rama del conocimiento científico, técnico, artístico o práctico. Esta opinión se da a petición de una autoridad competente, con el propósito de explicar, aclarar o valorar hechos o circunstancias relevantes sobre un asunto que está siendo objeto del juicio o para adquirir certeza sobre tales hechos”.

El perito presenta al juez el peritaje realizado mediante un dictamen, es decir, que el dictamen o informe pericial es sólo la forma en que se presenta el resultado final o la cúspide de la pericia, que en cambio es toda la actividad de campo y analítica realizada por el especialista en la materia, y en la audiencia de recepción del medio de prueba también mediante la explicación del mismo para ilustrar de una forma científica y práctica los conocimientos que él tiene por su experticia en cuanto a un asunto



que está siendo sometido a consideración del juez y aclara puntos relevantes al proceso, puesto que aun siendo el juez un letrado para el mejor conocimiento de un hecho, persona u objeto, se requieren conocimientos especializados de un arte, oficio o ciencia que el perito aportará a petición de parte dentro de un sistema de justicia penal acusatorio.

El Ministerio Público define el peritaje cultural en el manual del fiscal como “un estudio científico social elaborado por un científico social, conocedor de la cultura de la persona procesada, que interviene en el proceso explicando las motivaciones culturales que pudieron provocar la conducta examinada”.

El Ministerio Público tiene conocimientos en cuanto a la aplicación del peritaje cultural, en los casos prácticos que se tienen en el despacho de los agentes fiscales, y en los cuales mediante el peritaje cultural se demuestra que efectivamente es un caso con pertinencia cultural, sin embargo el Ministerio Público hace caso omiso a la aplicación de estos peritajes para que pueda buscarse una solución favorable desde la etapa preparatoria del proceso o bien en la etapa intermedia, prefiriendo el ente investigador que la causa sea sometida a consideración de un tribunal de sentencia para que resuelva el proceso, no obstante contar con el peritaje cultural.

El Instituto de la Defensa Pública Penal, indica que el peritaje cultural “Constituye un mecanismo que permite aportar los medios de prueba que la ley contempla para acreditar que la diferencia cultural propició y condicionó una conducta tipificada como delito en los códigos del sistema

jurídico oficial pero que desde la perspectiva cultural del individuo que ha cometido la falta no lo es”.

Lo que se espera con el peritaje cultural es presentar y lograr convencer al juez, porque además de que el sindicado es indígena, se pretende, que el juez deba analizar desde otro marco cultural los hechos que se juzgan ya que acaecieron en un contexto social de parámetros culturales distintos a los de la generalidad de personas a las que la ley oficial fue destinada o que pretende regular.

“El peritaje cultural, también denominado peritaje antropológico, prueba judicial antropológica, brinda datos importantes del contexto social en que se desenvuelve el caso y aporta las pruebas sobre un hecho o conducta que proviene de parámetros culturales distintos. Consiste entonces, en analizar desde otro marco cultural los hechos que se juzgan. Mediante este peritaje, es posible aclarar los hechos, porque se contextualizan dentro de la realidad cultural y social que los rodea. Se busca el origen y la explicación dentro del contexto social y cultural mediante testimonio y la opinión de personas conocedoras de las normas comunitarias, las costumbres y creencias. En otras palabras, el peritaje cultural toma en cuenta la versión de las autoridades tradicionales y de los pueblos indígenas”.

El juez al tener en su judicatura un proceso penal con pertinencia cultural, en el que el peritaje cultural ha sido ofrecido como medio de prueba, para ilustrar al juzgador respecto a la cultura del sindicado, debe éste considerar dicho peritaje al momento de emitirse la resolución correspondiente,



porque es un experto en la materia quien lo ha presentado y porque se cumplen con los requisitos del Código Procesal Penal al ser aplicado el mismo.

El peritaje cultural es un medio de prueba relativamente nuevo dentro de los doctrinariamente conocidos (documentos, informes, declaraciones de parte, de testigos, dictámenes de expertos, reconocimiento judicial, reproducción de los hechos). En cuanto a su presentación es similar al dictamen de expertos o peritos, y es aquél medio de prueba en virtud del cual el proponente pretende ilustrar el criterio del juez sobre las formas de vida y costumbres de una persona indígena procesada penalmente, para que el juez lo tenga en cuenta al fundamentar su resolución o sentencia.

Al emitir el juez una resolución de acuerdo al artículo 11 Bis del Código Procesal Penal, ya sea que se trate de un auto o sentencia sus resoluciones deben de ser debidamente fundamentadas, por lo que al conocer un caso con pertinencia cultural y tener el peritaje cultural ya presentado y diligenciado dentro de la carpeta judicial, tal como lo norman los convenios internacionales y el Código Procesal Penal, el juzgador deberá analizar y valorar el peritaje cultural para fundamentar su fallo.

A continuación, se señalan las características siguientes:

- “El peritaje cultural es un medio de prueba
- El peritaje ilustra el criterio del juez
- El objeto del peritaje es el mejor conocimiento de un hecho, persona y objeto y en particular, de los referentes culturales de un sujeto procesal,



- Para practicar el peritaje se requieren conocimientos especializados de un arte, u oficio o cultura determinada”.

En relación a la primera característica, se estima que en efecto el peritaje cultural constituye *per se*, un medio de prueba que, ingresado con las formalidades legales dentro de un proceso penal en el sistema de justicia guatemalteco, opera como tal.

El contenido del peritaje cultural ilustra el criterio del juez, ya que al desarrollarse como medio de prueba, en determinado proceso, le permite tener contextos socioculturales claros, visibilizados desde la perspectiva de los referentes culturales de un sujeto en particular, ya sea desde la óptica de donde ocurrió el hecho, de cómo ocurrió ese hecho, de cuándo ocurrió y en qué circunstancias sucedieron, puede informar además sobre la visión que se tiene del hecho en el lugar donde aconteció, puede indicar si el hecho fue juzgado por las autoridades indígenas o ancestrales reconocidas en el mismo.

La práctica del peritaje cultural

No obstante, la diversidad cultural, hasta ahora el sistema jurídico oficial guatemalteco investiga, juzga y sanciona a indígenas, haciendo abstracción de su cultura, se tipifica un hecho como falta o delito sin tener en cuenta que una norma o ley infringida podría estar reñida con las tradiciones, costumbres, creencias y forma de vida de la cultura a la que pertenece la persona. Las personas indígenas al encontrarse involucradas en procedimientos penales, generalmente desconocen sus derechos y carecen de asesoría adecuada para su defensa jurídica, la cual se agrava por la falta de



comprensión del funcionamiento del sistema de justicia oficial, que opera dentro de un contexto cultural ajeno a la persona indígena procesada.

Por lo que el peritaje cultural, se considera como un instrumento que permite el acceso a la justicia de las personas indígenas de manera equitativa y una forma de reconocer la diversidad cultural en el campo legal. Es un análisis socio antropológico que realiza una persona versada en el campo profesional con conocimientos sobre la fenomenología social, según afirma la fiscalía del Ministerio Público, sin embargo para la Defensoría Indígena el peritaje cultural es el estudio que demuestra que una práctica o acción en una comunidad es una forma de vivir o convivir, lo cual es aceptable en dicho entorno social, por lo que se puede demostrar el error de comprensión culturalmente condicionado en el que incurre la persona indígena procesada.

Es un acto procesal en virtud de constituir un elemento de convicción o medio probatorio de un proceso; que debe desarrollarse por encargo de un juez a solicitud de la parte interesada en todo proceso en que se aplique el sistema oficial a un miembro de un pueblo indígena, con el fin de tomar en cuenta su cultura y la forma en que resuelve sus conflictos en su entorno cuando la comunidad a que pertenece considera que se ha desequilibrado su sistema, en el momento oportuno de resolver el litigio mediante un procedimiento de cinco pasos que son: la consulta, el dialogo, el consenso, el consejo y la reparación de daños; ésta es una actividad en la cual se establece la cultura en sus diversas manifestaciones, las respuestas e interpretaciones de hechos similares son distintas en cada cultura, de ahí



que se denomina diversidad cultural, como producto de hechos sociales por sus características, modalidades, calidades y relación con los hechos sujetos a juicio.

Importancia del peritaje cultural como medio de prueba en el proceso penal guatemalteco

A lo largo de la historia se han cometido muchas injusticias en Guatemala, país pluricultural con mayor porcentaje de población indígena que ladina o de tipo occidental, porque Guatemala, al igual que otros países latinoamericanos adoptó el derecho europeo u occidental como instrumento de consolidación del poder del Estado, en manos de un grupo que lo monopoliza, aun cuando se da la coexistencia de múltiples sistemas de regulación social y de resolución de conflictos, dentro de un mismo espacio geopolítico, distintos a los establecidos en el ordenamiento jurídico estatal o derecho vigente, y se han ignorado por los operadores de justicia cuestiones culturales, étnicas, raciales, ocupacionales, históricas, ideológicas y de cosmovisión de los distintos pueblos originarios que habitaron este país desde antes de la invasión española, al aplicárseles la justicia estatal u oficial sin considerar su cultura, vedándoseles su derecho a la libertad, por ello el peritaje cultural es el medio de prueba pertinente.

De igual manera el peritaje cultural es importante como instrumento de justicia apegado al respeto de la multiculturalidad, pues su desconocimiento conlleva a injusticias y vulneración de derechos humanos o derechos universales como lo son la libertad. El peritaje cultural evita sancionar



la diversidad cultural y devuelve según la antropóloga Guísela Mayen la identidad indígena al procesado.

El Instituto de la Defensa Pública Penal, a través de la Coordinación de enfoque intercultural, se ha interesado por conocer la estructura social de la región en la que los defensores públicos ejercen su profesión y decide innovar en el aporte de pruebas para casos concretos, contribuyendo como un deber cívico con una justicia más legítima, que legalista puesto que se acopia y reconoce la realidad social. El peritaje cultural, también es importante para que el sistema jurídico estatal reconozca la diversidad cultural y no juzgue y reproche a los indígenas en el marco de una cultura que le es ajena.

El artículo 182 del Código Procesal Penal define que se pueden probar los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso por cualquier medio de prueba permitido. De la norma precitada se puede inferir que el peritaje cultural podrá ser ofrecido como prueba siempre que se necesite probar un hecho o circunstancia de interés para la correcta solución en un proceso penal.

Además de los presupuestos enunciados, deberán concurrir conforme a lo establecido expresamente en el artículo 183 del Código Procesal Penal, dos requisitos para ser admitido como medio de prueba: que dicho peritaje se refiera directa o indirectamente al objeto de la averiguación y además sea útil para el descubrimiento de la verdad, con lo cual se cumple con los fines de un debido proceso penal.



De lo anterior se infiere un tercer elemento que permitiría o no la admisibilidad del peritaje cultural como medio de prueba, y este es, la circunstancia de que el mismo resulte manifiestamente abundante.

El hecho de que el peritaje cultural, con esta denominación no esté previsto como medio de prueba es superado además de la normativa antes relacionada con lo dispuesto en el artículo 185 del Código Procesal Penal que regula con claridad, que además de los medios de prueba previstos en el capítulo V y sus siete secciones, se podrán (facultativo) utilizar otros distintos, siempre que no supriman las garantías y facultades de las personas reglamentadas en el Código Procesal Penal o afecten el sistema institucional.

Habiéndose ofrecido, el peritaje cultural como medio de prueba en la oportunidad que exige el ordenamiento procesal (en la etapa de investigación podrá proponerse y diligenciarse en cualquier momento y para los efectos procesales se le denomina medio de convicción o investigación), en la fase intermedia conforme a lo definido en el artículo 343 del Código Procesal Penal, siempre que no fuere abundante, innecesario, impertinente o ilegal podrá ingresar al proceso como medio de prueba y desarrollarse como tal en el juicio oral y público.

Como toda pericia para su desarrollo y formalidades legales, debe de observarse y cumplirse con lo dispuesto en los artículos 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 234 y 235 del Código Procesal Penal.



El peritaje cultural prueba el error de comprensión culturalmente condicionado

Tanto en la ley como en la doctrina no encontramos clasificación en cuanto al peritaje cultural, sin embargo, se puede establecer que es una prueba pericial voluntaria, cuando es propuesta por las partes y la prueba pericial necesaria cuando la ley así lo determina en determinados casos. El peritaje cultural puede ser presentado como una prueba pericial necesaria en todos aquellos procesos en los cuales se juzgan a personas indígenas. La importancia del peritaje cultural, como órgano de prueba en los procesos penales guatemaltecos, de conformidad con lo que se establece en la libertad probatoria de la prueba, el reconocimiento de la pluriculturalidad e impulso de los pueblos indígenas, como lo reglamentan los distintos instrumentos legales que rigen Guatemala, con esta prueba se evidencia el error de comprensión culturalmente condicionado.

Todos los seres humanos tienen un conocimiento medio de lo bueno o malo, del delito o no, en virtud de los valores universales que por conciencia se conocen, tal es la vida, la libertad sexual y la integridad física, sin que para ello sea necesario ser abogado, doctor, indígena o no, sin embargo la situación es compleja cuando de valores y principios se trata; pues si bien es cierto las universidades existen, también lo es que existe una serie de valores que dentro de la cultura indígena se aprecian y difieren a los principios y valores del sistema occidental u oficial, y cuando en cualquiera de las culturas, tales valores se alteran a una respuesta de desaprobación por el hecho cometido, las sanciones son distintas en cada



uno de los sistemas, cuando el hecho cultural llega al Ministerio Público, quien tiene la obligación de velar por los bienes jurídicos tutelados por el Estado en virtud de los principios y valores que se tienen, tanto ésta institución como los demás abogados que intervienen en todo el proceso, deben analizar todos los elementos del delito, pero en especial se debe de analizar el elemento de culpabilidad para establecer la capacidad del indígena procesado en pretender causar un mal o daño así como la comprensión de la norma a la que se exige se adecue, pues se debe considerar que por principios y valores se puede tener la falsa creencia de que se actuó conforme a la convicción que se tiene de derecho, según la cultura a la que pertenezca, si es por un indígena se está ante la figura del llamado error de comprensión culturalmente condicionado, pero en los procesos penales, se hace necesario probarlo y solo puede hacerse por medio del peritaje cultural.

Incluir el peritaje cultural como medio de prueba idónea en los casos en donde existe error de comprensión culturalmente condicionado, es acorde al mandato contenido en el artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el artículo 8 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Guatemala y de conformidad con el Acuerdo de Paz sobre Identidad de los Pueblos Indígenas, por lo que no se puede permitir dejar en el olvido esta situación permitiendo injusticias e incriminación a la diversidad cultural, es por ello que los abogados litigantes, el Ministerio Público y demás operadores de justicia deben de efectuar un análisis de los casos que a su conocimiento llega, comprendiendo que cuando de verdad se quiere apelar a la justicia, se deben de



analizar las normas que están al alcance y determinar que desde el punto de vista de la culpabilidad, como elemento del delito es posible considerar la existencia de no culpabilidad por la ausencia de motivación en el sujeto y probarlo mediante el peritaje cultural, que a la luz del artículo 182 y 226 de la ley adjetiva penal, al dar la libertad de contar con una persona de idoneidad manifiesta como lo indica el Ministerio Publico, aunque no lo ponga en práctica, pero esto debido a desconocimiento de tales figuras, así como la falta de objetividad con que se debe realizar.

Es importante que en los departamentos, especialmente aquellos en donde la mayoría de la población es indígena, se requiera el peritaje cultural, en virtud de las costumbres que los pueblos tienen y poder integrar armoniosamente los sistemas jurídicos oficial e indígena, esperando resolver de la mejor manera el caso concreto, agotándose la posibilidad de que exista error de comprensión culturalmente condicionado y sólo se puede probar tal existencia mediante el peritaje cultural, de lo contrario es seguro que se emitirá un juicio de reproche injusto. Para ello es necesario que sea el Ministerio Publico como ente encargado de la investigación y por la carga de la prueba que regula el Código Procesal Penal en sus artículos 8, 107 y 108 en cuanto a la objetividad que debe guardar dicha institución, así como la Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 251 párrafo primero, es quien debe encargar el peritaje cultural, incluso de tener una unidad de antropólogos, aunque se encuentre en la ciudad de Guatemala, o bien hacer un estudio de qué departamentos ameritan tener un antropólogo o sociólogo para contar con tal órgano probatorio, así como se cuenta con la psicóloga para atención a la víctima.



A criterio personal considero que si debe ser la fiscalía del Ministerio Público, quien debe contar con una unidad de antropología, por ser la entidad que tiene la carga de la prueba, tomando en cuenta que dentro de dicha institución se ha creado el Departamento de los pueblos indígenas de conformidad con el Acuerdo número 53-2012 de fecha nueve de julio de 2012, por la Fiscal General de la Republica y Jefa del Ministerio Publico, en donde se determina que dicho Departamento es el encargado de sistematizar, realizar estudios y evaluación del accionar institucional relacionado a los temas de los pueblos indígenas y proponer las acciones pertinentes. Además de la objetividad de que se reviste y con la que debe de actuar, sin embargo, es factible para contribuir a la averiguación histórica del proceso que de parte del abogado defensor se solicite, principalmente si se es defensor público pues se cuenta con la unidad de la Coordinación de enfoque intercultural a través de la cual se pueden realizar las gestiones necesarias a efecto que de parte del Instituto de la Defensa Pública Penal, se pueda contratar los servicios de un antropólogo forense para que actúe como perito cultural y ofrecer el peritaje cultural como medio de prueba contribuyendo con ello a resolver la situación jurídica de los patrocinados. Fundamento legal para la aplicación del peritaje cultural como prueba pertinente para el error de comprensión culturalmente condicionado.

Al igual que sucede en el error de tipo, se establece la inexistencia de una norma taxativa en el Código Penal que establezca esta clase de error, empero de conformidad con lo que establece el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos como fundamento propio de la culpabilidad penal, se hace referencia a éste elemento ineludible del



delito, por lo que, para que exista culpabilidad se necesita consciencia de antijuridicidad, lo que garantiza la existencia legal del error de prohibición. La consciencia de antijuridicidad es un elemento esencial para determinar la culpabilidad y, eso, es lo que hace referencia el artículo 8.2 de la Convención citada, por lo que, cuando se determine que un sujeto desconocía la norma penal, éste carece de consciencia de antijuridicidad y por ende carece de culpabilidad. En cuanto al error de prohibición se puede establecer, de conformidad al principio de integración normativa, se hace necesario tomar en consideración el Estatuto de Roma, ya ratificado por el Estado de Guatemala y, por ende, legislación vigente en nuestro país, donde establece de forma taxativa el error de prohibición en el artículo 32. Así mismo de conformidad a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido lo relativo a la interpretación evolutiva, la cual contiene enormes ventajas de interpretación normativa, inclusive cuando no se encuentra regulada una figura en la legislación nacional, por lo que ha indicado que se hace necesario invocar la doctrina y la jurisprudencia internacional en aplicación al principio *pro homine*. El error de prohibición, es una figura que se adapta cabalmente al principio humano referido. El error de prohibición en las causas de justificación se encuentra regulado en el artículo 25.3 del Código Penal.

Incidencia del peritaje cultural

El peritaje cultural al momento de ser aportado como prueba en el proceso penal incidirá en la sentencia absolutoria, ya que el juez al efectuar el análisis respecto a la acreditación de los hechos concretos contenidos en la acusación, lo utiliza concatenado con la declaración de la menor de



edad señalada como víctima, de la madre de la supuesta agraviada, los testigos que estuvieron en la celebración del matrimonio maya ocurrido en la casa de habitación de la agraviada, con el peritaje socioeconómico y el peritaje psicológico aportado en el juicio.

El peritaje cultural permite al juzgador comprender el contexto cultural del procesado, que fue condicionante esencial en el hecho que se le atribuye. Al comprender la forma de pensar, su forma de vida, sus costumbres, su identidad y sus creencias, se puede resolver el caso atendiendo a la pertinencia cultural del lugar donde ocurrieron los hechos (distorsionados en la acusación) y con ello el juzgador resuelve equitativamente.

Es factible que los juzgadores en sus judicaturas puedan resolver determinados casos concretos utilizando la pertinencia cultural, y que al momento de tener en su despacho judicial un peritaje cultural el mismo se le dé el valor que merece con lo cual se está ilustrando para el juzgador la forma de vida, identidad cultural de las comunidades indígenas, principalmente poniendo en práctica los acuerdos tanto nacionales como internacionales reconocidos por Guatemala, sin dejar a un lado los derechos humanos fundamentales y sobre todo respetándose la dignidad humana de la persona sujeta a proceso penal, pudiéndose establecer que el actuar del acusado fue apegado a las tradiciones de su cultura al contraer matrimonio maya con una mujer indígena menor de edad, por lo que se evidencia razonablemente que en ningún momento tuvo ese propósito criminal o *animus libidinoso* propio del delito de violación y que su actuar estuvo condicionado por error tanto sobre el tipo como por sus circunstancias



culturales, es decir que se advierte que actuó como lo hizo, al celebrar el matrimonio maya, en la creencia de estar haciendo lo correcto de acuerdo a su propia cultura, siendo factible mediante el peritaje cultural darle a la causa penal el enfoque con pertinencia cultural y con ello obtener una sentencia absolutoria a favor del acusado, respetando con ello un juicio justo y la cultura propia de los pueblos indígenas.

Referencias bibliográficas

- Cafferata Nores, José. La prueba en el proceso penal. Tercera Edición. Buenos Aires, Argentina, Ediciones de Palma, 1998.
- Conde Muñoz, Francisco. Derecho Penal, Parte Especial. México. D.F. Tirant Lo Blanch 2012, dieciochoava edición.
- Instituto de la Defensa Pública Penal, Guía de Peritajes y su Aplicación en la Administración de Justicia. Guatemala. s.e. 2008
- González Cahuapé-Cazaux, Eduardo. Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco. Segunda Edición, Guatemala, mayo 2003.
- Mayén M. Guísela La Criminalización de las Prácticas Culturales en Guatemala y la importancia del Peritaje Cultural. Revista No. 7, Asociación de investigación y Estudios Sociales. Guatemala ASIES.
- Ministerio Público, Manual del Fiscal
- Valladares de la Cruz, Laura. El peritaje antropológico. Los retos del entendimiento intercultural, México 2006.

Legislación

- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- El Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Convención de Viena). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor 23 de marzo de 1976.





La negociación como una interacción entre víctima y victimario

Dra. María Eugenia Sandoval de Paz

El ser humano durante toda su existencia se la pasa negociando, desde que es niño negocia con algún amiguito te doy mi carrito por un chocolate; así transcurre el tiempo y sin darse cuenta siempre está negociando, porque para subsistir necesita de muchas cosas de las cuales carece, pero que puede adquirir negociándolas. Todos los aspectos de la vida pasan por algún tipo de negociación. Por supuesto que no todas las cosas pueden ser objeto de negociación, tales como las creencias, los valores, las virtudes, los derechos humanos; por ejemplo, la dignidad humana, la vida, la felicidad, el debido proceso, el derecho de defensa.

Se negocia sobre una compra-venta, algún convenio o por la finalización de un trabajo, sobre algún conflicto penal, la condición es que sean delitos de bagatela y obviamente no delitos de impacto social, por ejemplo, si se causó lesiones culposas por un accidente de tránsito; es imposible que el ser humano evite los conflictos, pero si puede volverlos constructivos, aprendiendo a manejarlos, y para poder hacerlo deberá aprender técnicas de conciliación y solución de estrategias de negociación sobre las cuales se desarrollará este artículo.



Las etapas se podrían, decir que son como las fases y estrategias que se deben seguir para obtener una buena solución, entendiendo que la negociación dentro del ambiente, depende de cómo se planifica y establecen acuerdos para mejorar estrategias que puedan aportar mucho a la efectividad de la justicia; teniéndose en cuenta que la negociación es una herramienta importante para la procuración de justicia.

Al mismo tiempo permite que se desarrolle un ambiente de cordialidad y confianza entre el defensor y su patrocinado, de tal forma que permita resolver los conflictos, y esta actitud del Defensor redundará en el beneficio de su defendido ya sea porque se realicen grandes o pequeñas negociaciones que pongan fin al conflicto penal.

Para tener claro que es negociación, a continuación, las definiciones de algunos autores:

El diccionario jurídico la define así: (Derecho Internacional Público) Discusión que tiene por objeto llegar a un acuerdo.

También se define como el proceso mediante el cual, dos o más partes que por cualquier motivo tienen una relación de dependencia (es decir que necesitan algo el uno del otro) hacen tratos con el objetivo de conciliar sus diferencias. (Muñoz Corvalán, 2012)

Dentro de toda relación existen conflictos, uno de ellos podría ser transgredir la ley, para encontrar una solución adecuada, podemos aplicar la



definición de Muñoz Corvalán, que es la de hacer tratos amistosos (negociar) con las personas a fin de motivarlas para que no se vuelva a cometer algún delito.

Por otro lado, tenemos que las negociaciones son un intercambio de bienes y servicios y que existen 4 etapas que deben seguirse para poder llegar ambos negociadores a un acuerdo, estas etapas son: preparación, discusión, cierre y acuerdo, “Las negociaciones se desarrollan dentro de una serie de fases del comportamiento que se articulan en el tiempo de manera sucesiva.” (Rios, 2013)

La Preparación, es la parte en la que se deben de desarrollar los planes estratégicos para lograr que la negociación sea un éxito, tomando en cuenta que el negociador debe conocer perfectamente a la contraparte, así como saber de la empresa que éste representa, si este fuera el caso, para poder persuadirlo. El lugar en el cual se llevará a cabo la negociación es muy importante, por lo que es mejor señalar un lugar que no beneficie a ninguna de las partes.

La Discusión surge cuando se encuentran por primera vez ambas partes, se debe tener cautela, y no apresurar los hechos, hay que conocer la postura de la otra parte, haciendo preguntas que generen confianza, definir las ideas para evitar malos entendidos. Es de suma importancia tener en cuenta el tiempo, este se asocia con el poder, no se debe tener prisa ni tampoco creer que se tiene todo el tiempo del mundo, porque se corre el riesgo de que la negociación fracase.



Y finalmente al momento del cierre de la negociación se establecen los acuerdos que hicieron posible la aceptación de ambas partes para que la negociación se lleve a cabo; “el cierre se puede dar por: concesión, resumen, aplazamiento y alternativa. En este punto se debe considerar que el propósito del cierre es llegar a un acuerdo” (Bonifaz Villar, 2012).

No siempre las negociaciones llegan a un feliz término, a veces los resultados pueden ser de rompimiento, el cual ocurre por pérdida de confianza, o bien puede ser de postergación, cuando la discusión se interrumpe, sin necesariamente romperla y luego continúan estudiando ambas partes si la inician o no, y la de compromisos, estos a veces pueden generar conflictos.

A las negociaciones hay que darles siempre seguimiento, caso contrario nos puede llevar a nuevos conflictos y al rompimiento de las relaciones bilaterales, así como poder llegar a negociaciones más complejas.

“La negociación se define como una conversación entre dos o más personas para conseguir un arreglo de intereses divergentes o un acuerdo mutuo. Por tanto, la capacidad de negociación supone una habilidad para crear un ambiente propicio para la colaboración y lograr compromisos duraderos que fortalezcan la relación.



Capacidad de dirigir y controlar una discusión utilizando técnicas, planificando alternativas para negociar los mejores acuerdos” (Csintranet.org, 2018).

La negociación puede ser colaborativa cuando se convierte en algo esencial para la pronta solución del conflicto, debido a que lograr obtener buenos acuerdos determinará el éxito o fracaso de la misma.

Es necesario saber que la negociación también es un proceso participativo a través del cual dos partes en conflicto buscan solucionar las diferencias de opiniones, esto ocurre bajo las condiciones siguientes:

- Existencia de intereses comunes entre ambas partes-poner fin al conflicto-.
- Diferencias entre el grado de poder que cada una posea, pero sin que alguna de las partes tenga poder absoluto sobre la otra.
- Puntos de vista totalmente diferentes en la forma de negociar.
- Tener conciencia ambas partes que el costo del desacuerdo es mayor al del acuerdo y por consiguiente el resultado del juicio.

Es importante hacer notar que existen dos clases de negociación, una distributiva como su misma palabra lo dice ambas partes buscan distribuirse un valor, cada uno busca obtener el mayor provecho, no importando que a costa de lo que pierda la otra parte también conocida como, de suma cero o de ganar – perder.



Y la otra clase es la colaborativa también llamada de integración, conocida como ganar – ganar, en la cual ambas partes cooperan para que la negociación sea un beneficio para ambas. Hay que considerar que la solución del conflicto no se basa en que una de las partes se imponga sobre la otra sino en que el resultado sea un intercambio reparador.

Ambas son trascendentales porque se realizan en cualquier momento de la vida de cualquier persona, muchas veces se realizan sin previo discernimiento, es por eso que la negociación siempre será parte de la vida del hombre, porque constantemente está cerrando negocios de forma personal, económica y social, para satisfacer sus necesidades.

Dentro del entorno la negociación colaborativa ayuda a que las relaciones interpersonales creen vínculos en donde las emociones juegan un papel importante, y esto ayuda a tener una solución prevista para cualquier situación, y así cerrar los conflictos asertivamente.

Para poder llevar a cabo una buena negociación, es necesario que prevalezcan los principios de la mediación: pero también aplican a la negociación:

“Voluntariedad: Se trata de un proceso voluntario, tanto en la decisión de inicio como en su desarrollo y en su financiación, pudiendo ser desistido por las partes implicadas en cualquier momento.



Confidencialidad: Se garantizará la confidencialidad, no se puede declarar la información obtenida por el mediador, al que asiste el secreto profesional.

Bilateralidad y buena fe: Las partes deben actuar conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo durante el planteamiento y negociación para enfocarse correctamente a la consecución del acuerdo.

Imparcialidad y neutralidad: El mediador no tendrá intereses respecto de alguna de las partes, ni respecto del objeto del conflicto, deberá ser neutral y procurar el equilibrio de las partes durante el procedimiento.

Flexibilidad: El proceso de mediación debe ser flexible para poder adaptarse a las circunstancias concretas del caso y de los sujetos.

Profesionalidad: La mediación es un proceso de diálogo asistido y gestionado por un profesional, con la preparación técnica adecuada para reconducir las posturas procesales cerradas de las partes hacia los intereses de cada uno, que debe saber aflorar y, desde allí, establecer el marco para que la negociación se encarrile hacia el acuerdo satisfactorio.” (PNPM Murcia 2013)



Hay que recordar que para realizar una negociación se debe tener una buena comunicación, de tal manera que se demuestre la voluntad de comunicarse adecuadamente, hay que asegurarse que se está siendo comprendido perfectamente lo que se está exponiendo, es decir que se pueden utilizar varias técnicas para que la contraparte entienda muy bien, se pueden presentar gráficas y cifras que no dejen lugar a dudas dentro de la negociación.

Debiendo prevalecer siempre el respeto, los valores, ser un defensor de cambio, lo cual requiere disciplina para romper con hábitos negativos, tales como:

- No tomar notas de las circunstancias importantes y significativas dentro de la negociación.
- No llegar a una negociación con una mente abierta, porque se puede perder cualquier oportunidad de negociación.
- Creerse el mejor litigante.
- No preparar la negociación, presentarse a la misma sin objetivos ni alternativas.

Hay que tener presente la inteligencia emocional, porque esta ayudará a tomar mejores decisiones, sobre todo se debe ser humilde, para aceptar que no siempre se tiene la razón, se debe estar consciente del proceso de negociación para obtener puntos de vista sólidos en cada una de las argumentaciones que corresponda realizar.



Algo que no debe pasarse por alto al momento de negociar son los principios, como bien sabemos estos no son otra cosa más que normas que ayudan a orientar las acciones del ser humano y son de carácter general, es decir universales. Cada quien rige su vida por principios que tienen origen en la familia, teniendo también en cuenta la ética. La ética tiene una íntima relación con la moral, tanto que incluso ambos ámbitos se confunden con bastante frecuencia. En la actualidad se ha ido diversificando la ética como el conjunto de normas que vienen del interior y la moral las normas que vienen del exterior; es decir, de la sociedad.

Lo anterior aplica en casos particulares, ya que los factores influyen de diferente forma en cada una de las personas, ya que cada quien lo aplica en forma individual de una manera única, cada quien va conformando sus principios a lo largo de la vida, en la medida que estos principios son aplicados, se convierten en valores mismos que conforman el carácter de cada ser, llevándolo a ser único e irrepitible.

Entre los principios que se deben tener en cuenta está la honestidad, lo que hace que la persona sea confiable, coherente en lo que hace, piensa y siente y que siempre litigará en base a la verdad, y nunca hará nada que lo haga avergonzarse.

Es importante dedicar tiempo para planificar cada situación de la negociación, es decir que hay que analizar todas las opciones, alternativas y giros que podría tomar la negociación, para que nada tome por sorpresa al defensor.



Las negociaciones deben basarse en principios, porque con ello se eliminarán las luchas por posición que nunca conducen a nada bueno ya que se deterioran las relaciones, actuar con seguridad, lograrlo es hacer una negociación con honestidad. Un buen defensor debe separar los problemas personales que tenga con alguna persona con la que en un momento dado hubo un incidente, para esto hay que analizar, por qué se originó el problema y cómo poder solucionarlo, con el simple hecho de interesarse en estos dos cuestionamientos, ya se ha iniciado la solución. Hay que tener empatía para no hacer nada que ofenda a la contra parte y valorar a la otra persona como nuestro amigo en el logro de una solución para el conflicto penal.

La negociación es el género, ella es extraprocesal y anti formalista, que es parte de los denominados Métodos alternativos de resolución de conflictos, conocidos como MARCS, por lo que en caso de existir una negociación la misma se dará exclusivamente entre las partes, pero en los MARCS, existen algunas especies del género, como lo es la Conciliación y Mediación, reguladas en los artículos 25 Ter y 25 Quáter, del Código Procesal Penal. Por ejemplo, en el caso tramitado ante el Juez de Paz penal de turno de Mixco, departamento de Guatemala, en contra de los señores González Pérez y Tercero López, por el delito de Agresión, que es un tipo penal de bagatela, pues consta que la riña fue entre ellos...



La resolución de este caso fue la siguiente:

- a) **Aprobar el acuerdo de Conciliación**, celebrado entre las partes en audiencia, en cada una de sus cláusulas, en vista que el mismo no contradice Leyes y no viola Garantías Constitucionales ni Tratados Internacionales de Derechos Humanos, contenidos en la siguiente cláusula: **A) El Señor: Eddy Rodolfo González Pérez y el Señor Luis Alfredo Tercero López se comprometen a respetarse mutuamente, no molestarse entre sí y a vivir en paz. En caso de no cumplir con el acuerdo se certificará por el Delito de Desobediencia.**
- b) **Se tiene por renunciadas y desistidas todas las acciones civiles y penales que pudieren tener derecho por el cuerdo arribado.**
- c) El **Archivo** del presente proceso, a favor de los sindicados **Eddy Rodolfo González Pérez y el Señor Luis Alfredo Tercero López** por no haber elementos de mérito para proceder en su contra, en consecuencia, se ordena su archivo.
- d) Este documento queda como título ejecutivo.
- e) Se ordena la inmediata libertad de los sindicados
- f) De conformidad con los artículos 160 y 169 del Código Procesal Penal quedan debidamente notificados de la presente resolución.



Es necesario que, en esos delitos menos graves, si el caso permite negociar una salida alternativa a la prisión preventiva con el fiscal, se tendrían resultados bastante favorables, pues se evitarían muchos gastos y sobre todo retener a las personas dentro de los centros preventivos.

En una negociación funciona la diplomacia; la diplomacia es que los demás hagan lo que nosotros queremos que hagan, y que, además, lo hagan agradecidos.
Dale Carnegie



Referencias bibliográficas

- Bonifaz Villar, C. d. (2012). *Desarrollolo de habilidades directivas*. Red tercer milenio.
- Cisneros Caballero, N. L. (01 de marzo de 2016). *Etapas de la negociación*. Obtenido de <https://www.gestiopolis.com/etapas-la-negociacion/>
- Csintranet.org. (26 de febrero de 2018). *Csintranet.org*. Obtenido de Csintranet.org: <http://www.csintranet.org/competenciaslaborales>
- Escamilla Rivera, J. (28 de septiembre de 2012). *Etapas de la negociación*. Obtenido de <https://www.gestiopolis.com/etapas-de-la-negociacion/>
- Muñoz Corvalán. (2012). “*La Negociación*”, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*. Obtenido de www.eumed.net/rev/cccss/20/
- Rios, A. S. (2013). *Negociaciones Comercilaes*. En A. S. Rios, *Negociaciones Comercilaes*. Perú: Pontificia Universidad católica del Perú.
- Trujillo, J. E. (3 de Abril de 2013). *Negociación personal y el método de Harvard*. Obtenido de <https://www.gestiopolis.com/negociacion-personal-y-el-metodo-harvard/>



La pertinencia de la aplicación del derecho indígena en los Pueblos Mayas

M.A. Lery Dinora Morales Herrera

Desde años atrás ha surgido la gran necesidad de la aplicación del Derecho indígena para resolver los conflictos de los pueblos indígenas, en virtud que son derechos propios que aún no han sido reconocidos plenamente dentro de lo que es en sí la administración de justicia.

Existen casos concretos en las comunidades indígenas en los que se hace imperativa la aplicación de los distintos mecanismos del Derecho indígena para la resolución de sus conflictos de acuerdo a la realidad y costumbres en las diferentes comunidades.

En Guatemala, el Derecho penal, y el Derecho procesal penal ha sido la normativa utilizada por los Juzgados y Tribunales jurisdiccionales para la solución de problemas de dichas comunidades, no obstante, se ha inobservado el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial el cual se establece lo relativo a las fuentes del derecho, citando a la costumbre como una de ellas, considerada prioritaria para el caso de las comunidades indígenas en Guatemala.



La Constitución Política de la República de Guatemala establece que el Estado de Guatemala, debe reconocer, respetar y fomentar las formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social de los grupos indígenas de ascendencia maya. No obstante, el artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala ha generado cierta controversia, por lo que se considera que uno de los puntos positivos de la jurisdicción indígena es que su aplicación, descongestionaría de alguna manera el sistema oficial de justicia. Por aparte de lo anterior la pertinencia cultural en cuanto a las prácticas de la comunidad, se estima que estas han sido funcionales a través de los siglos.

Lamentablemente el racismo ha sido preponderante en el país en que vivimos, y debe aclararse que justicia indígena no comprende linchamientos, como también que no se limita a los castigos corporales, sino que tiene una trascendencia mayor.

Es importante saber en esta investigación que el sistema de justicia indígena se rige por los derechos humanos internacionalmente reconocidos, y que es un sistema que ha funcionado durante siglos y que no es algo nuevo, siendo un sistema que opera a través de autoridades indígenas reconocidas por la comunidad.

Se ha constatado que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas por haber sido desposeídos de sus territorios, sus recursos y que en muchas partes del mundo no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los



Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión y son discriminados por su idioma, por su color de piel, por su situación económica o por sus formas de pensar diferentes. Todo esto nos hace recordar las palabras de José Martí: “con los oprimidos había que hacer causa común para afianzar el sistema opuesto a los intereses y hábitos de mando de los opresores...”

¿Qué son derechos de los indígenas?

“Son aquellos derechos colectivos que existen como reconocimiento a la condición específica de los pueblos autóctonos, y que incluyen no sólo los derechos humanos más básicos a la vida e integridad, sino también a los derechos sobre su territorio, al idioma, cultura, religión y otros elementos que forman parte de su identidad como pueblo”. Wikipedia, Derechos de los Indígenas.

“Las nuevas normas constitucionales que incorporan derechos de los pueblos indígenas tendrán que constituirse en palanca para promover un derecho de naturaleza pluricultural, que evite la tentación de segregar y marginar a estas colectividades a través de normas y mecanismos apartados de la sociedad global”. “Sin embargo debemos anotar que, en el seno de la Organización de las



Naciones Unidas, la definición del concepto del pueblo indígena es un tema abierto a debate en el contexto de la elaboración de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas” (E. Krotz. 2002. Pág. 246, 249).

De lo anterior, basta decir que son muchas las razones por las que es indispensable el estudio y conocimiento del derecho consuetudinario indígena ya que constituye un elemento básico de la identidad. El Doctor José Adolfo Reyes Calderón nos dice: “podemos establecer que el elemento más característico del derecho indígena o régimen jurídico regulador de la convivencia social de las comunidades indígenas, es la costumbre.

Esta se ha constituido como un elemento rector de sus vidas, que se adapta a las circunstancias cambiantes y es considerada tan inviolable como una norma escrita, cuya vigencia y eficacia están respaldadas por la convicción que poseen estas comunidades.

La costumbre es esencial para el entendimiento del sistema jurídico indígena, por lo que debemos tenerla presente en sus dos concepciones más comunes en lo que es la jurídica y la sociológica”. Agrega: “En este aspecto es importante considerar que, desde el punto de vista de los derechos humanos, las comunidades indígenas son las más afectadas y vulnerables, por no existir este tipo de tribunales especializados, debido a la diversidad de la cultura con la que se enfrenta” (Reyes Calderón, J.A. 1998. Páginas 117, 118).



Normas y valores

El sistema normativo indígena es producto de principios fundamentales de lo sagrado, el comportamiento equilibrado y la armonía en la vida, y la protección de la comunidad. La forma como se transmiten estos valores y normas van de acuerdo a la interacción social de la comunidad. Entre los agentes que transmiten esto cabe mencionar a la fiesta tradicional dirigida por las cofradías, y también otras instituciones reproductoras son la familia y la comunidad que transmiten estas normas y valores que el individuo debe respetar y obedecer.

Autoridades en la comunidad indígena

Las autoridades indígenas son las personas que procuran el orden social en las comunidades. Ellas orientan, educan y corrigen para prevenir conflictos y garantizar la armonía entre los vecinos, siendo los encargados en resolver los conflictos cuando llegan a suceder. Son aquellas personas reconocidas y legitimadas por la comunidad, dada su buena reputación, su buen ejemplo de vida, buena conducta y comportamiento respetuoso, y con mucha experiencia.

Esta autoridad tradicional indígena le es otorgada por virtud de la energía del día de su nacimiento, de sus antecedentes de infancia y de sus contextos familiares. Los guías espirituales son honorables líderes y su función es la de guiar, y la comunidad los reconoce



como tales. (Pluralismo Jurídico en Guatemala, Wikipedia. <http://es.m.wikipedia.org>)

Las autoridades indígenas legitiman su especialidad a partir del ejercicio de autoridad, esto les otorga potestad suficiente para sancionar y acompañar a los involucrados en conflictos sociales y al mismo tiempo promover valores y principios formativos, preventivos y transformadores en los implicados, y que a la vez sirvan a la comunidad.

Las autoridades mayas se clasifican de la siguiente manera:
Par Usen, Mynor Dr. Págs. 29, 31, 33-39.)

1. El guía espiritual o sacerdote maya. (Aj q'ij) Es la persona que, según su nahual o fecha de nacimiento, tiene el don o las cualidades de ser orientador, guiador, consejero espiritual de las personas. Ejerce un alto nivel de autoridad en la comunidad, es el encargado de atender los problemas desde un enfoque espiritual. Resuelve problemas en el ámbito individual y familiar.
2. La comadrona. (Aj Iyom) (Ajkun) Es ejercida por la mujer. Es la que orienta a las mujeres en la concepción, embarazo, parto y crianza de los hijos. Da indicaciones según el calendario maya. Dan ayuda moral espiritual, moral y social.
3. El Líder. (K'amalb'e) Es la persona que tiene la facilidad de conducir y buscar desarrollo para la comunidad.



4. El que imparte justicia. (Q'atal Tzij) Es la autoridad que resuelve conflictos en la sociedad.
5. El alcalde comunitario. (Ajch'mi) Los alcaldes comunitarios son considerados como autoridades indígenas, pues en algunos casos contribuyen en la resolución de conflictos en las comunidades.
6. El rezador o pedidor. (Ajchholoj) Es la persona que ejerce la autoridad en lo espiritual igual que el sacerdote maya.
7. Cofrades. (Ajapatan) Viene a tener casi el mismo nivel que el sacerdote maya, la diferencia es que conservan principios y valores mayas mezclados con el cristianismo.

Formas de resolver los conflictos

Son los valores reconocidos por la comunidad los que sirven de marco, en caso de conflicto, para identificar las faltas o establecer dónde está el error cometido y que debe de hacerse para repararlo. El procedimiento desde el derecho indígena, se adecúa según los antecedentes del conflicto, sus consecuencias y los objetivos que se esperan al resolverlo.

Principios básicos indígenas en Guatemala

Primer principio: Una persona no puede ser totalmente mala ni totalmente buena. Todos aprendemos de nuestras experiencias. Por ello, las autoridades indígenas no condenan, dan consejos para rectificar.



Segundo principio: No existe discriminación como principio. La mujer y el hombre son iguales.

Tercer principio: El respeto a los demás y a los elementos de la naturaleza es fundamental para la cultura indígena. Si se dañara por error con intención, es indispensable reconocer ese error y restituir el daño.

Cuarto principio: Las decisiones se toman sobre la base de los criterios que benefician a la mayoría primero y luego a los individuos. El consenso es la suma de criterios para escoger las mejores ideas y construir una sola aplicándola a la comunidad.

Quinto principio: Las acciones y las decisiones de la comunidad deben tomarse sobre la base de los intereses y las necesidades de la mayoría. Las decisiones no las hace una sola persona sino son razonadas, discutidas y decididas.

Sexto principio: Es el principio de ayuda mutua con ideas o materiales cuando alguien de la comunidad o la misma comunidad lo necesita.

Séptimo principio: Es el trabajo colectivo y comunitario en donde se invierte tiempo, energía y esfuerzo.

Octavo principio: Como consecuencia de que todo es un proceso, uno de los principios es escuchar la opinión de la gente sobre determinados aspectos y decisiones para la vida de una familia, comunidad o pueblo.



Derecho oficial

Es el sistema oficial representado por el Organismo Judicial, el cual se establece para ejercer la justicia a través de normas jurídicas jerarquizadas en Normas Constitucionales, Ordinarias y Reglamentarias. Este sistema está sustentado en la tradición occidental del Derecho Romano. La esencia de las leyes vigentes en Guatemala, reflejan una sola parte de la pluralidad de visiones y pensamientos de los habitantes.

Convenio 169 de la OIT

Reconoce los derechos a la propiedad de la tierra, la igualdad, la libertad y la autonomía en las decisiones sobre los asuntos de los pueblos indígenas y establece la consulta previa de cualquier medida administrativa o legislativa que los afecte directamente y de la explotación de recursos naturales en su territorio. Estos reconocimientos del derecho indígena han tenido un importante desarrollo en el derecho internacional y comparado, a través de instancias como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, lo cual ha abierto la posibilidad e implicación del pluralismo jurídico en términos de la coexistencia de diversos órdenes normativos.

No obstante que la Cámara de Comercio en Guatemala ha rechazado la propuesta de que sea modificado el artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala el cual establece: “la función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia (CSJ) y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia”.



Reconocimiento

La Asesora del Departamento de Pueblos Indígenas del Ministerio Público (MP) Magdalena Jocholá, resaltó en su oportunidad que la reforma al artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, dicha reforma busca el reconocimiento constitucional del sistema jurídico propio de los pueblos indígenas, refutándolo con estas palabras: “Algo que se da y que se ha estado dando desde hace más de cien años... no es crear algo nuevo sino reconocer algo que ya existe, y más que crear división, resuelve problemas”. Existen estudios que demuestran que el trabajo de las autoridades indígenas ha contribuido al sistema de justicia oficial, pues resuelve los casos con mayor celeridad, aunado a ello la gente no tiene que salir de un lugar a otro, lo cual le reduce gastos al mismo Estado.

A manera de conclusión podemos mencionar lo que refuta el politólogo Álvaro Pop que el sistema jurídico indígena ha coexistido, con el sistema de administración de justicia oficial occidental y no ha sido quien ha tenido el problema.

De todo lo anterior se desprende que los tratados internacionales admiten el pluralismo jurídico, por lo tanto, este tipo de justicia en especial en el ramo penal deben de ser reconocidas en el ámbito constitucional en aplicación del Convenio 169.

Casos con pertinencias cultural en el IDPP

(Extractados del Módulo Aportes Institucionales que promueven la aplicación de los Derechos de los Pueblos Indígenas desde el Sector Justicia).

Primer caso: Caso Autoridad Indígena de Poxlajuj, Totonicapán. Expediente No. 10-2018 Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Departamento de Totonicapán.

El señor Francisco Rubén Puac Baquix se le acusó de llegar con otras personas a la casa del señor Lorenzo José Gutiérrez Barreno, habiendo escavado en la tierra con un azadón en donde se encontraba un tubo de agua potable, habiendo procedido a ponerle un tapón y sellarlo, el agraviado acreditó ante su comunidad a través de los alcaldes comunitarios estar al día en el pago. El señor Puac Baquix fue condenado por el tipo penal de Coacción, en donde la cámara penal resolvió que el acusado actuó en su calidad de autoridad indígena y de sus formas propias de resolver los conflictos en atención al artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y que la decisión era de la Asamblea Comunitaria, habiendo realizado en el marco un procedimiento Indígena.

La Defensa Técnica del señor Puac Baquix, estuvo a cargo de la Defensoría Indígena del Instituto de la Defensa Pública Penal con sede en Totonicapán.

La conducta del procesado obedeció al cumplimiento de una decisión con carácter de resolución judicial dictada por la Asamblea Comunitaria del Cantón Paxlajú, como máxima autoridad indígena del lugar. Es importante acreditar las diferencias en el procedimiento de ejecución de sanciones en el sistema jurídico indígena de la comunidad a la que pertenece el procesado. Fue elaborado un Peritaje Cultural y ofrecido como medio de investigación en el proceso penal, el cual fue elaborado por el Antropólogo Fredman Pacay en el mes de julio del año 2011.



Segundo caso: Caso Matrimonio Maya Mam. Expediente 1302-2013-345 del Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Departamento de Huehuetenango.

HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS DE LA ACUSACIÓN: al señor Wilmar Erode López Jacinto el 12 de junio de 2013 siendo las seis de la tarde aproximadamente se puso de acuerdo con la menor Daisy Sigrid Sales García, quien en ese momento tenía trece años de edad, de pasarla a traer y llevarla a vivir a una casa ubicada en caserío Tojtzaj de la aldea Tojchiguel del municipio de Santa Bárbara del departamento de Huehuetenango en forma marital, por lo que la menor lo indicó a sus familiares que estaría lavando trastos y se fue con el sindicado a dicho lugar, al que llegaron aproximadamente a las siete de la noche, en donde pasaron la noche juntos, y en repetidas ocasiones tuvo relaciones sexo genitales el imputado con el consentimiento de la menor, por lo que el trece de junio del dos mil trece siendo las ocho de la mañana aproximadamente la fue a dejar a su casa de habitación ubicada en Caserío Tierra Blanca de la aldea Tojcail del municipio de Santa Bárbara del departamento de Huehuetenango diciéndole que después hablaría con su papá para ponerse de acuerdo en cuanto a su relación amorosa y casarse posteriormente. Por lo que se le acusó del delito de Violación.

Contenido del Peritaje Cultural en el caso concreto: La Defensa estuvo a cargo del Instituto de la Defensa Pública Penal de Huehuetenango. El Peritaje fue elaborado por la Antropóloga Lina Barrios Escobar, y el objetivo fue acreditar el contexto cultural del sindicado y la presunta víctima su esposa, así como las prácticas culturales de unión de parejas y la pedida de matrimonio, toda vez que no existió voluntad en el sindicado de cometer el hecho que se le atribuyó ya que el mismo se realizó en un contexto cultural donde esa conducta no está prohibida.



En la audiencia de apertura a juicio, la Defensa atinadamente presentó el Peritaje Cultural demostrando con ello que no se había dado ningún delito de violación. El juez al resolver manifestó que el Peritaje ilustra la manera en que se dieron los hechos, y que el sindicado ya había contraído matrimonio con la presunta víctima, ya que según sus prácticas culturales del pueblo maya Mam y que, en el caso concreto, se optó por el robo con consentimiento que es una forma de contraer matrimonio, y dada la declaración de la presunta víctima, se evidencia que el sindicado ha respetado su matrimonio con ella. El juez también hizo alusión de las disposiciones de instrumentos internacionales ratificados por Guatemala, las formas de organización, y las prácticas y costumbres ancestrales de los pueblos indígenas, era procedente declarar el sobreseimiento, finalizando de esta manera el proceso penal contra Wilmar Erode López Cinto, encontrándose la decisión firme.



Referencias bibliográficas

- Krotz, Esteban, Antropología Jurídica: Perspectivas Socioculturales en el estudio del Derecho. Anthropos Editorial 2002.
- Reyes Calderón, José Alfredo. Mecanismos Alternativos de la Justicia. Una propuesta de Política Criminal. Impresos Caudal S. A. 1998.
- Par Usen, Mynor Dr. Módulo de interculturalidad Instituto de la Defensa Pública Penal, Págs. 29, 31, 33-39.



Estándares internacionales en la aplicación de la prisión preventiva

M.A. Fidencia Orozco de Licardi

El tema de la prisión preventiva es un tema complejo en los países latinoamericanos, tanto así, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha realizado informes relacionados a la situación de las personas privadas de libertad en las Américas y sus primeros informes especiales han sido relacionados a Cuba y República Dominicana, hasta los más recientes que han sido Argentina, Honduras y Guatemala *inter alia*, refiriéndose a los derechos de las personas privadas de libertad.

En este sentido, la Comisión ha realizado más de 90 visitas *in loco* en los últimos 50 años y ha aprobado una gran cantidad de informes de casos contenciosos, otorgando un número importante de medidas cautelares dirigidas a la protección de personas privadas de libertad en las Américas, constatando que el respeto a los derechos de las personas privadas de libertad es uno de los principales desafíos que enfrentan los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos. La prisión preventiva



es un tema que requiere del diseño e implementación de políticas públicas a mediano y largo plazo, así como de la adopción de medidas inmediatas, necesarias y urgentes para hacer frente a las diferentes situaciones que afectan gravemente derechos humanos fundamentales de la población reclusa en los diferentes centros de detención. (Informe sobre el uso de la Prisión Preventiva en las Américas, 2013).

Analizando el contexto referido, uno de los principales desafíos que enfrentan la mayoría de los Estados de la región es el uso excesivo de la detención, por esa razón, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por medio de su Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad presenta un informe en el año 2013 y posteriormente en el año 2017, con el propósito de ayudar a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, en el cumplimiento de las obligaciones internacionales y proveer una herramienta útil para el trabajo de las instituciones y organizaciones comprometidas con la promoción y defensa de los derechos de las personas privadas de libertad.

Por lo antes expuesto, es importante establecer que el Estado de Guatemala ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el 25 de mayo de 1978 y aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana el 9 de marzo de 1987, por lo que es un Estado parte de la Convención, habiendo reconocido la competencia contenciosa y consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



En virtud de ello, se hace obligatorio que los órganos jurisdiccionales observen el control de convencionalidad, aplicando los estándares internacionales relacionados a la aplicación de la prisión preventiva, ya que la Carta Magna Guatemalteca establece que es deber del Estado de Guatemala, garantizarles a los habitantes de la República la vida, la libertad y la justicia.

El Informe sobre el uso de la Prisión Preventiva en las Américas, (2013) establece los Estándares Internacionales que se deben tomar en cuenta para aplicar la prisión preventiva, ilustrándolos de la manera siguiente:

A. Principio de presunción de inocencia

De todas las garantías judiciales propias del ámbito penal, la más elemental es la presunción de inocencia, expresamente reconocida sin salvedad ni excepción alguna por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 11.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14.2), la Declaración Americana (Art. XXVI) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 8.2). Estas disposiciones atribuyen a favor del acusado la presunción de que debe ser considerado inocente, y tratado como tal, mientras no se determine su



responsabilidad penal mediante una sentencia firme. El contenido de la presunción de inocencia exige que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de la pena, sólo pueden estar fundadas en la certeza del tribunal acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado. El juez a quien le corresponde conocer de la acusación penal, tiene la obligación de abordar la causa sin prejuicios y bajo ninguna circunstancia debe suponer *a priori* que el acusado es culpable. Esa presunción de inocencia es la que ha llevado al derecho penal moderno a imponer como regla general, que toda persona sometida a proceso penal debe ser juzgada en libertad y que es sólo por vía de excepción que se puede privar al procesado de la libertad (principio de excepcionalidad), (p.56).

En caso de resultar necesaria la detención del acusado durante el transcurso de un proceso, su posición jurídica sigue siendo la de un inocente. Por eso, el derecho a la presunción de inocencia es el punto de partida de cualquier análisis de los derechos y el tratamiento otorgado a las personas que se encuentran en prisión preventiva. En este sentido, la CIDH reitera que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe interpretarse de forma tal, que sus disposiciones tengan un efecto útil, es decir, que cumplan efectivamente el fin de protección para el cual fueron instituidas. En materia sustantiva, esto implica que su texto debe interpretarse de una



manera que garantice que los derechos que consagra, sean prácticos y efectivos y no teóricos o ilusorios.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que este derecho fundamental de “Estado de Inocencia”, implica los principios siguientes:

Que en el caso de resultar necesaria la privación de libertad durante el transcurso de un proceso, la posición jurídica del imputado sigue siendo la de un inocente. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Quinto Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, Cap. VII, párr..32)

El principio del trato humano: según el cual, toda persona privada de libertad será tratada con respeto irrestricto de su dignidad inherente y sus derechos fundamentales. Es decir, que la reclusión de una persona no debe conllevar restricciones o sufrimientos que vayan más allá de aquellos que sean inherentes a la privación de libertad. El principio del trato humano está relacionado con todos los aspectos del tratamiento que da el Estado a las personas bajo su custodia, particularmente con las condiciones de reclusión y la seguridad. (CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, OEA/Ser. L/V/II, adoptado el 31 de diciembre de 2011, (en adelante Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, párr. 66 y ss.).



El principio de la posición de garante del Estado: según el cual, el Estado al privar de libertad a una persona asume una posición de garante de sus derechos fundamentales, en particular de sus derechos a la vida y a la integridad personal. Lo que implica que el ejercicio del poder de custodia lleva consigo la responsabilidad especial de asegurar que la privación de la libertad sirva a su propósito y que no conduzca a la violación de otros derechos básicos. En este sentido, es fundamental la satisfacción de las necesidades básicas de la población reclusa, relacionadas, por ejemplo, con los servicios médicos, alimentación, provisión de agua potable, y sobre todo de condiciones básicas de seguridad interna en los penales. (CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, párr. 8, 46 – 65; CIDH. Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, Cap. VIII, párr. 1).

B. Principio de excepcionalidad

Este principio se refiere a que toda persona sometida a un proceso penal debe ser juzgada en libertad y solo por vía de excepción puede ser privada de su libertad. El criterio de excepcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva está directamente relacionado con el derecho a la presunción de inocencia. El fundamento del uso excepcional de esta medida cautelar estriba precisamente en el hecho de que esta medida es la más severa que se puede imponer a un imputado, pues implica precisamente su encarcelamiento, con todas las consecuencias reales que esto conlleva para él y su familia.

A este respecto, resulta ilustrativo el siguiente criterio expresado por el Juez Sergio García Ramírez:



La prisión preventiva [...] [es] la más severa de las medidas cautelares que hasta hoy conserva el enjuiciamiento penal, en tanto entraña una restricción profunda de la libertad, con muy importantes consecuencias”. El principio de excepcionalidad implica que sólo procederá la prisión preventiva cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso, porque se pueda demostrar que otras medidas menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines. Por eso, siempre se debe procurar su sustitución por una de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan ya que de no hacerlo así, esto representaría un riesgo para el goce del derecho a la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa. Así pues, en atención a la propia naturaleza de la prisión preventiva como la medida más grave que se puede imponer a un acusado, la Corte Interamericana ha establecido consistentemente desde hace una década que: “su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática”. (*Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, 2013, párr. 140).



C. Principio de legalidad

El principio de legalidad es la piedra angular del derecho penal, la libertad del acusado solo puede ser restringida con estricto apego a las normas. El principio de legalidad tiene dos fundamentos, el político y el jurídico; el fundamento político proviene de la teoría de separación de poderes en el cual se establece que solamente el poder legislativo, está legitimado para definir el ilícito penal y el poder judicial debe de limitarse a declarar en los casos concretos, cuando existe o no, una conducta previamente definida como tal. El principio de legalidad es una garantía dada al individuo contra el Estado. (De Mata Vela y De León Velasco, 2013, p. 78).

D. Principio de necesidad

La prisión preventiva sólo procederá cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso tras demostrarse que otras medidas cautelares menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines. Por eso, siempre se debe procurar su sustitución por una medida cautelar de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan. En este sentido, pesa sobre el órgano a disposición del cual se encuentra el detenido, la obligación de disponer



su libertad, aun de oficio, cuando hayan cesado los motivos que originariamente la habían sustentado.

En atención a su naturaleza cautelar, la misma sólo puede estar vigente durante el lapso estrictamente necesario para garantizar el fin procesal propuesto. La detención preventiva de una persona no debe prolongarse por un periodo más allá del cual el Estado pueda dar una justificación adecuada de la necesidad de la misma, de lo contrario la privación de libertad se torna arbitraria. Por tanto, el criterio de necesidad no sólo es relevante al momento en que se decide la aplicación de la prisión preventiva, sino también al momento de evaluar la pertinencia de su prolongación en el tiempo. (Informe sobre el uso de la Prisión Preventiva en las Américas, 2013).

E. Principio de proporcionalidad

Para la imposición de la prisión preventiva es de esencial importancia tener en cuenta el criterio de proporcionalidad, lo que significa que, debe analizarse si el objetivo que se persigue con la aplicación de esta medida restrictiva del derecho a la libertad personal, realmente compensa los sacrificios que la misma comporta para los titulares del derecho y la sociedad.



La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es del criterio que el principio de proporcionalidad es susceptible de aplicarse en dos aspectos, el primero relacionado con la privación de libertad como medida cautelar que se aplica a una persona cuya posición jurídica sigue siendo la de un inocente y la privación de la libertad derivada de una condena; en donde el sujeto tiene clara su situación jurídica. El segundo aspecto es relativo a la congruencia entre la detención preventiva como la medida cautelar más severa de que dispone el derecho penal y los fines que con ella se persiguen en el caso concreto. Esta relación entre la medida cautelar y el fin perseguido, no es más que asegurar la presencia del imputado en el proceso penal, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen para el juzgador, mediante tal restricción de la libertad. (Informe sobre el uso de la Prisión Preventiva en las Américas, 2013).

Cuando los tribunales recurren a la detención preventiva sin considerar la aplicación de otras medidas cautelares menos gravosas, en atención a la naturaleza de los hechos que se investigan, la prisión preventiva deviene en desproporcionada. Aunado también a que los órganos jurisdiccionales



aplican medidas desproporcionadas, imponiendo cauciones económicas imposibles de cumplir, inclusive en delitos que no contemplan base alguna para su imposición, ejemplo de ello el delito de tráfico de influencias, lesiones, encubrimiento propio, *inter alia*, disfrazando con estas acciones el beneficio de optar a una medida sustitutiva.

Este criterio de proporcionalidad es particularmente relevante frente a la realidad observada en muchos Estados de la región en los que existen importantes patrones de aplicación de la prisión preventiva a personas acusadas de delitos de poca gravedad (incluyendo los patrimoniales cometidos sin daños a las personas y el microtráfico de drogas). Al referirse a esta realidad, se observó que a estas personas se les mantiene en prisión únicamente para asegurarse de su comparecencia en el juicio, sencillamente porque los Estados no son capaces de garantizar que vayan a comparecer ante la justicia. Se ha establecido también que no basta con que la privación de libertad sea aplicada formalmente conforme a la ley, sino que el derecho a la libertad personal exige que los Estados recurran a la misma “sólo en tanto sea necesario para satisfacer una necesidad social apremiante y de forma proporcionada a esa”. (Informe sobre el uso de la Prisión Preventiva en las Américas, 2013).



Del principio de presunción de inocencia se deriva también, como lo ha establecido la Corte Interamericana, la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia. Pues la prisión preventiva es una medida, no punitiva. De ahí la importancia del criterio de razonabilidad, pues mantener privada de libertad a una persona más allá del tiempo razonable para el cumplimiento de los fines que justifican su detención, equivaldría en los hechos, a una pena anticipada. Adicionalmente, el propio Art. 7.5 de la Convención impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva y, en consecuencia, a las facultades del Estado para asegurar los fines del proceso mediante esa medida cautelar. La razonabilidad del tiempo que una persona acusada de un delito pasa en detención preventiva debe ser evaluada en relación con el hecho mismo de que se encuentra detenida. Hasta que se dicte sentencia se debe presumir que es inocente, el propósito del Art. 5(3) del Convenio Europeo (equivalente al Art. 7.5 de la Convención Americana) es esencialmente el de establecer que se disponga la liberación provisional del acusado una vez que la prolongación de la detención deja de ser razonable; y que los tribunales deben examinar todos los elementos pertinentes a la existencia o no de las causales que justifiquen la detención preventiva, con la debida consideración al principio de presunción de inocencia, y plasmarlos en sus decisiones relativas a las solicitudes de excarcelación interpuestas por el acusado, los argumentos a favor o en contra de la liberación de este no pueden ser generales o abstractos.



En cuanto al criterio de *razonabilidad*, la Corte Interamericana ha establecido que el artículo 7.5 de la Convención “impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva y, en consecuencia, a las facultades del Estado para asegurar los fines del proceso mediante esta medida cautelar”. El mantener privada de libertad a una persona más allá de un periodo de tiempo razonable equivaldría, en los hechos, a una pena anticipada. No obstante, “aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el periodo de la detención ha excedido el límite de lo razonable”

Por lo tanto, corresponde en primer lugar a las autoridades judiciales nacionales el asegurar que el periodo de detención preventiva en el que se mantiene a un acusado no exceda de un plazo razonable. Este plazo no puede establecerse en forma abstracta porque responde a criterios cuya concurrencia habrá que determinar de acuerdo con las particularidades de cada caso concreto. Corresponde pues al Estado aportar elementos que justifiquen la prolongación de esta medida. La Corte Europea ha establecido que la prolongación de la prisión preventiva debe estar sustentada por razones relevantes y suficientes que la justifiquen, y en casos en la que ésta se prolonga considerablemente tal justificación debe ser “particularmente convincente” y demostrar la persistencia de las causales de procedencia que ameritaron inicialmente su aplicación.

Si bien para la determinación de la razonabilidad de dicho plazo se pueden considerar elementos como la complejidad del caso y el nivel de diligencia de las autoridades judiciales en la conducción de las investigaciones,



que son propios también del examen de la duración total del proceso (dentro del ámbito de aplicación del artículo 8.1 de la Convención), en el análisis de la prolongación de la detención preventiva la evaluación de tales factores debe ser mucho más estricta y limitada debido a la privación de libertad que subyace.

La complejidad del caso se debe medir, especialmente, en relación con las características del hecho y su dificultad probatoria. Como contrapartida, la diligencia de las autoridades judiciales debe ser analizada a la luz de la complejidad del caso y de la actividad investigativa. En este sentido, no se podrá justificar la prisión preventiva por la utilización de los recursos procesales establecidos legalmente. Éstos siempre han sido previstos para garantizar a las partes el debido proceso y, en este sentido, han sido regulados para su plena utilización. Sin embargo, sí se podrá imputar la necesidad de mantener la prisión preventiva a la actividad del imputado si obstaculizó, deliberadamente, el accionar de la justicia o actuó temerariamente, por ejemplo, al introducir prueba falsa, amenazar testigos, destruir documentos, fugarse, no comparecer injustificadamente. Pero todo ello debe probarse y no únicamente presumirse.

En este sentido de acuerdo con la racionalidad del artículo 7.5, la persona mantenida en prisión preventiva debe ser puesta en libertad desde el momento en que la privación de libertad traspasa los límites del sacrificio que puede imponerse razonablemente a una persona que se presume inocente. Una vez vencido el plazo considerado razonable, el Estado ha perdido la oportunidad de continuar asegurando el fin del proceso por medio de la



privación de la libertad del imputado. Es decir, la prisión preventiva podrá o no ser sustituida por otras medidas cautelares menos restrictivas, pero, en todo caso, se deberá disponer la libertad. Ello, independientemente de que aún subsista el riesgo procesal, es decir, aun cuando las circunstancias del caso indiquen como probable que, una vez en libertad, el imputado intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación, la medida cautelar privativa de la libertad debe cesar.

En el Informe sobre el uso de la Prisión Preventiva en las Américas, (2013), se establece que la Comisión observa, además, como lo ha considerado la Corte Europea, que, si bien la existencia de una sospecha razonable o relevante de que el acusado ha cometido un delito es un requisito *sine qua non* para la procedencia de la prisión preventiva, este factor no puede justificar por sí sólo ni la aplicación de esta medida ni su extensión por un periodo prolongado. Ello equivaldría, en efecto, a una pena anticipada previa a la sentencia, e incluso a una eventual violación del principio de legalidad.

La especificidad del artículo 7.5 de la Convención, frente a su artículo 8.1, radica en el hecho de que un individuo acusado y detenido tiene el derecho a que su caso sea resuelto con prioridad y conducido con diligencia. La posibilidad que el Estado tiene de aplicar la detención para asegurar los fines del proceso es una de las razones decisivas que justifica dicho trato prioritario. El concepto de tiempo razonable contemplado en el artículo 7.5 y el artículo 8.1 de la Convención difieren en que el artículo 7 posibilita que un individuo sea liberado sin perjuicio de que continúe su proceso.



El tiempo establecido para la detención es, por tanto, necesariamente mucho menor que el destinado para todo el juicio. Por ello, siempre que la pena impuesta resulte menor al plazo durante el cual una persona estuvo sometida a detención preventiva, ésta debe ser considerada irrazonable. El hecho de que un individuo sea posteriormente condenado o excarcelado no excluye la posible transgresión del plazo razonable en prisión preventiva conforme la normativa de la Convención.

Plazos máximos legales para su aplicación

Directamente relacionado con el criterio de razonabilidad de la duración de la prisión preventiva se encuentra el tema del establecimiento de máximos legales para su aplicación. A este respecto, los órganos del Sistema Interamericano han establecido que:

- a) Cuando la ley establece un límite temporal máximo para la detención de un imputado, resulta claro que la misma no podrá exceder dicho plazo.
- b) El artículo 268 del Código Procesal Penal de Guatemala establece que deberá cesar el encarcelamiento: “Cuando su duración exceda de un año (...) Esta situación es inobservada por los órganos jurisdiccionales.
- c). Siempre que la prisión preventiva se extienda más allá del periodo estipulado por la legislación interna, debe considerarse *prima facie* ilegal (en los términos del Art. 7.2 de la Convención), sin importar la naturaleza de la ofensa en cuestión y la complejidad del caso. En estas



circunstancias, la carga de la prueba de justificar el retraso corresponde al Estado; y

- d) La fijación de plazos máximos en la legislación no garantiza su consonancia con la Convención, ni otorga una facultad general al Estado de privar de libertad al acusado por todo ese lapso, pues habrá que analizar en cada caso hasta qué punto subsisten los motivos que justificaron inicialmente la detención, sin perjuicio de lo legalmente establecido. Además, deberá eliminarse toda tendencia en la práctica judicial a negar la libertad del acusado por vencimiento de términos con base en interpretaciones extensivas de los que pudieran ser las maniobras dilatorias de la defensa.

En la Guía Práctica para reducir la prisión preventiva (2017), elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, establece que los únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva son:

- Peligro de fuga: es el riesgo de que la persona imputada intente eludir el accionar de la justicia.
- Riesgo de obstaculización: Es el peligro de que la persona imputada intente obstaculizar la investigación criminal.
- Estos fundamentos deben ser probados y fundamentados, no arbitrarios ni ilusorios. Para ello la Comisión IDH ha indicado lo siguiente:



Motivación e indicios suficientes

Es un principio fundamental, largamente establecido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que “las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”. Con respecto al derecho a la libertad personal, el fundamento jurídico que justifica la privación de libertad debe ser accesible, comprensible y no retroactivo, y debe aplicarse de manera coherente y previsible a todos por igual”.

La Corte Interamericana en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*, estableció específicamente que toda decisión por medio de la cual se restrinja el derecho a la libertad personal por medio de la aplicación de la prisión preventiva, deberá ser motivada lo suficiente para que permita evaluar si la detención se ajusta a las condiciones necesarias para su aplicación (indicios razonables que vinculen al acusado, fines legítimos, aplicación excepcional, y criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad). Incluye también a las resoluciones judiciales posteriores en las que se decide mantener la detención, ya sea que esta revisión se haga de oficio o a petición de parte.

La Corte ha indicado que la motivación que realizan los órganos jurisdiccionales debe ser la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión y que la misma “es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa.



La argumentación ofrecida por el juez debe mostrar claramente que han sido debidamente tomados en cuenta los argumentos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado rigurosamente”. (Informe sobre el uso de la Prisión Preventiva en las Américas, 2013).

Con respecto a la aplicación de la medida cautelar relacionado al caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*, la Corte consideró los siguientes hechos:

- En el auto que ordenó la prisión preventiva de las víctimas no consta una descripción, aunque sea somera, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el señor Lapo supuestamente cometió el ilícito, ni la indicación de la acción u omisión atribuida que precise los elementos que caracterizan la imputación.
- En lo que respecta al señor Chaparro, la autoridad judicial no fundamentó las razones por las cuales creía que su prisión preventiva era indispensable para garantizar la intermediación del acusado o para permitir el desarrollo del procedimiento. Además, no se señaló el tipo penal supuestamente infringido por las dos víctimas. Por consiguiente, la prisión preventiva dictada contra los señores Chaparro y Lapo fue arbitraria.
- Una vez establecida la relación entre el hecho investigado y el imputado, corresponde fijar la existencia del riesgo procesal que se pretende mitigar con la detención durante el juicio —el riesgo de fuga



o de frustración de las investigaciones—, el cual debe estar fundado en circunstancias objetivas. La mera invocación o enunciación de las causales de procedencia, sin la consideración y análisis de las circunstancias del caso, no satisface este requisito.

- La Corte Europea ha indicado que los argumentos presentados por el tribunal no deben ser generales o abstractos, sino que deben referirse a los hechos específicos y a las circunstancias personales del imputado que justifiquen su detención. Es decir, la justicia no puede funcionar “en automático”, en atención a patrones, estereotipos o fórmulas preestablecidas en las que sólo se verifiquen ciertas condiciones del acusado, sin que se den razones fundadas que justifiquen la necesidad y proporcionalidad de mantenerlo en custodia durante el juicio.
- En efecto, corresponde al tribunal y no al acusado o a su defensa acreditar la existencia de los elementos que justifiquen la procedencia de la prisión preventiva.
- En el *caso López Álvarez vs. Honduras*, la Corte indicó que la autoridad judicial no tuvo en cuenta nuevos elementos de prueba que justificaran la prisión, sino que consideró solamente los mismos elementos que sustentaron la detención en flagrancia; es decir, el reporte policial generado al momento del hecho investigado. Lo que, en el contexto de las circunstancias de ese caso, llevó a la Corte a considerar que contravenía los principios y las normas aplicables a la prisión preventiva. Este criterio desarrollado por la Corte Interamericana acerca de la falta de idoneidad de la prueba policial como único sustento probatorio de la prisión preventiva es particularmente relevante en vista de lo arraigado de esta práctica en algunos países de la región.



- Estos son los estándares internacionales que todo órgano jurisdiccional guatemalteco debe observar para resolver la prisión preventiva en el caso concreto. De no hacerlo así, estaría incumpliendo la obligación estatal de aplicar el control de convencionalidad.

Caso de Guatemala con relación a la prisión preventiva

Desde hace algunos años, los órganos jurisdiccionales están denegando la aplicación de medidas sustitutivas a los procesados, aplicando con esta acción, injusticia notoria, justificando que por existir peligro de fuga y obstaculización a la averiguación de la verdad, la misma no procede, pero, no fundamentan su resolución y exigen requisitos imposibles de cumplir; por lo que el procesado se queda guardando prisión el tiempo mayor al establecido legalmente, violentando el juzgador con esta resolución el principio de presunción de inocencia.

En muchos otros casos, imponen requisitos que no están contemplados en ley, como por ejemplo el hecho de presentar contratos de arrendamiento por cuartos de alquiler, en donde el costo del contrato es más alto que la renta misma de la habitación. Por la imposibilidad de presentar estos documentos y otros similares, el sindicado se queda guardando prisión, en espera del debate oral y público, mismo que podría tardar muchos años en llevarse a cabo.

Esta denegatoria de medidas sustitutivas ha dado como consecuencia el hacinamiento en los diferentes centros de detención preventiva, no



observando con estas resoluciones, los estándares internacionales establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Uso de otras medidas cautelares distintas de la prisión preventiva

La Comisión IDH ha indicado que el carácter excepcional de la prisión preventiva, implica de manera concreta que los Estados hagan uso de otras medidas cautelares, que no impliquen la privación de libertad de los acusados mientras dura el proceso penal. Así también otros organismos internacionales de derechos humanos, han recomendado a los Estados de la región recurrir con mayor frecuencia a las medidas cautelares no privativas de la libertad, como parte de una estrategia cuyo objetivo es reducir el número de personas en prisión preventiva, y consecuentemente los niveles de hacinamiento. (Informe sobre el uso de la Prisión Preventiva en las Américas, 2017).

Pese a que el Código Procesal Penal Guatemalteco establece en el artículo 264, una serie de medidas sustitutivas que, si fueran aplicadas, disminuirían el hacinamiento extremo que tiene actualmente el país, ya que dicho artículo contempla las siguientes medidas sustitutivas:



- El arresto domiciliario, en el propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el Tribunal disponga.
- La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o de una institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal.
- La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe.
- La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
- La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
- La prohibición de comunicarse con personas determinadas siempre que no se afecte el derecho de defensa.
- La prestación de una caución adecuada, por el propio imputado o por personas, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.

También indica la norma que en ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad o se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible y no se aplica una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de los medios del imputado impidan la prestación.



Se agrega que, en casos especiales, la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento, basta para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad.

En Guatemala estos niveles de hacinamiento son evidentes en varios centros carcelarios, por la falta del otorgamiento de medidas sustitutivas, ya que los órganos jurisdiccionales han inobservado los estándares internacionales en la aplicación de la prisión preventiva. El ordenamiento normativo guatemalteco establece las medidas sustitutivas ya relacionadas, sin embargo, los órganos jurisdiccionales guatemaltecos no aplican dichas medidas, sino se han dedicado a emitir resoluciones de prisión preventiva y ello a dado como consecuencia el hacinamiento en el país. Prueba de ello es el cuadro que actualmente se presenta a continuación, con la muestra de tres centros carcelarios, cuyos datos estadísticos fueron proporcionados por la Unidad de Información Pública del Ministerio de Gobernación correspondiente hasta el mes de mayo de 2018.

Centro Preventivos	Capacidad	Situación actual	Exceso
Hombres zona 18	1,500	5,023	3,523
Santa Teresa	300	1,487	1,187
Pavoncito	1,050	1,896	846

Como se observa en el presente cuadro, el preventivo para hombres de la zona 18 tiene una capacidad asignada de 1500 reclusos, habiendo hasta mayo de 2018 una población de 5,023, es decir, que hay un exceso de población de 3523 reclusos. El preventivo de Santa Teresa tiene



una capacidad de 300 reclusas, con una población actual de 1487 y una sobrepoblación de 1187 reclusas. Pavoncito de igual manera tiene una capacidad de 1050 reclusos y actualmente tiene 1896, teniendo hasta mayo del presente año una sobrepoblación de 846 reclusos. Se puede observar que existe un hacinamiento excesivo debido a la falta de otorgamiento de medidas sustitutivas.

La comisión considera que promover un mayor uso de otras medidas cautelares distintas de la prisión preventiva, no solo es congruente con el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva y con el derecho a la presunción de inocencia, sino que es de aquellas medidas que por su naturaleza resultan en principio sostenibles y eficaces, como parte de una estrategia integral para hacer frente al hacinamiento. En el caso de Guatemala, los órganos jurisdiccionales han hecho caso omiso de las disposiciones de la Corte y de la Comisión IDH y como consecuencia se tiene el hacinamiento ya ilustrado.

El defensor público coadyuvará a disminuir este hacinamiento en los centros carcelarios, cuando a través de su argumentación y fundamentación en los estándares internacionales para reducir la prisión preventiva, manifieste a los órganos jurisdiccionales la urgente necesidad de aplicar los mismos, para disminuir no sólo las estadísticas demostradas, sino para realizar un cambio en la aplicación de la justicia en beneficio de los procesados.



Referencias bibliográficas

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, 2013.
- CIDH, Guía Práctica para reducir la prisión preventiva, 2017.
- CIDH, Interamericana de Derechos Humanos, Quinto Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala.
- CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II, adoptado el 31 de diciembre de 2011, (en adelante “Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas).
- De Mata Vela José Francisco, De León Velasco Héctor Anibal, Derecho Penal Guatemalteco, Tomo I, Parte General, Vigésima tercera edición, Guatemala 2013, Magna Terra Editores, pág. 117.

Referencias normativas

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, Código Procesal Penal y sus reformas, 2017.



La violencia intrafamiliar en Guatemala, causas y consecuencias

M.A. Eduardo Barrera Calderón

El Estado de Guatemala ha reconocido que la violencia intrafamiliar se ha convertido en un problema con grandes dimensiones, de esa circunstancia ha surgido una justicia especializada para sancionar y erradicarla ante la situación de los múltiples casos que se presentan a diario. Uno de los principales planteamientos es en cuanto a la problemática en ignorar cuántas mujeres son víctimas de violencia doméstica.

Producto o consecuencia de esta violencia que se presenta a diario su trascendencia es importante señalar que se ha dado tanto en una dimensión familiar y laboral, pero es de observar que es un problema que se da en todos los estratos sociales, o sea tanto en mujeres de baja educación, como en mujeres profesionales con maestrías o doctorados que conlleva a una baja autoestima.

Existe un punto de referencia o medular en las mujeres que son víctimas de maltrato, que es estar involucradas en una relación con el abusador, agresor o hechor como desea llamársele, teniendo cada quien su propio estilo y manipulaciones que conllevan finalmente a menoscabar la autoestima en la mujer, llegando incluso a la agresión. Una característica muy



fundamental en nuestro medio guatemalteco es el machismo con que se cuenta como característica fundamental, cuando al varón desde pequeño se le inculca que debe ser el que manda, que es el dominante, que no se deja mandar, y que el rol de la mujer debe considerarse como fiel, sumisa, aguantadora y por ello resulta ser la parte débil. Todo esto conlleva a creer en la mujer, equivocadamente, que no sirve para nada generándole temores sociales y económicos.

Ante el problema suscitado se ha tratado en la actualidad que la persona afectada no sea revictimizada y que se le preste toda clase de ayuda psicológica y social, ya que los daños en las víctimas suelen ser a nivel físico, psicológico, sexual y patrimonial que dejan grandes secuelas o huella en la víctima que inciden indudablemente en un futuro.

La sensibilidad a esta problemática será sin lugar a dudas útil para darle una mejor protección y apoyo a las víctimas, a través de una pronta y eficaz administración de justicia.

Antecedentes históricos en Guatemala

(Percepción Psicológica. Escuela de Trabajo Social, USAC)

La violencia contra la mujer ha existido desde época de nuestros antepasados, debemos recordar la época de los mayas, en la conquista y el marcado patriarcado en las regiones fronterizas. Con la llegada de los españoles la mujer maya seguía en sumisión, hasta llegar a tal punto en que fuera víctima la mujer de violaciones arbitrarias.



Una época sumamente importante para marcar la violencia contra la mujer fue la del conflicto armado interno que se dio en nuestro país durante los años 1980-1996 en dicho periodo la situación de violencia contra la mujer fue brutal e inhumano, considerando desapariciones forzosas, violencia física, sexual y psicológica, quedando plasmado en diversos libros en especial en la Memoria del Silencio.

En la actualidad de igual manera que en nuestro pasado, la mujer sigue siendo víctima frecuente de violencia ocasionada por el sexo opuesto, lo que ha originado que la influencia femenina se va marcando más dentro de nuestra sociedad.

Los estudios e investigaciones han demostrado que la violencia intrafamiliar es un problema de gran envergadura y que atañe al campo de los Derechos Humanos. (<https://psgrupo8.wordpress.com/historia/>)

Concepto de violencia intrafamiliar

La palabra violencia deriva del latín “violentia” y entre sus acepciones se encuentran las de “cualidad de violento” y “acción y efecto de violentar o violentarse”.

Debemos de entender que la palabra violento significa “que está fuera de su natural estado, situación o modo”

De la Mata Pizaña y Garzón Jiménez la define como la conducta constituida por el o los actos dolosos, de contenido positivo o



negativo, que efectivamente maltratan a los miembros de un grupo social de convivencia íntima y permanente, unidos por lazo de matrimonio, concubinato, parentesco, filiación o cualquier otra circunstancia, y cuyo sujeto activo es otro de los miembros de grupo social. (<http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/21896/capitulo2.pdf>)

En Guatemala, la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer” –Decreto 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala– no da una definición concreta pero sí la encierra la idea al hablar sobre el objeto y fin de la ley que expresa claramente “que tiene como objeto garantizar la vida, la libertad, la integridad, la dignidad, la protección y la igualdad de todas las mujeres ante la ley, particularmente cuando por condición de género en las relaciones de poder o confianza, en el ámbito público o privado quien agrede, cometa en contra de ellas, de violencia física, psicológica, económica o de menosprecio a sus derechos.” Todo este tipo de violencias son definidas en la citada ley.

Características principales

- La relación de poder se da en forma desigual.
- Incluye una gama variada de actos.
- La violencia beneficia el patriarcado.
- Generalmente se culpa a la mujer por este tipo de violencia.
- Muchas de estas formas de violencia son erotizadas.



¿Por qué callan las mujeres?

Específicamente llama la atención que cuando una mujer es golpeada por el marido o conviviente, la mujer guarda silencio por diversidad de motivos, el principal, es la dependencia económica, en otras ocasiones porque es un patrón que le han inculcado los padres desde pequeñas, y en otras situaciones por vergüenza en contar su problema, y por el que dirán las demás personas, y en algunas situaciones ignoran las mujeres a dónde asistir. El peor de los casos cuando son amenazadas de muerte, otras veces no quieren que sus hijos sufran con la separación del padre, y otras situaciones porque la mujer ama al marido y siente tristeza y temor al abandonarlo. (Módulo sobre violencia intrafamiliar. Unidad de Capacitación del Organismo Judicial).

Razones principales por las que la mujer no deja al hombre

- Se crea un sentimiento de culpabilidad en la mujer, ya que ella se cree responsable y culpable del conflicto y de la agresión subsecuente. El hecho le hace creer a la mujer que hace mal las cosas, y la responsabiliza a ella del éxito o fracaso de su matrimonio.
- La segunda razón fundamental suele ser por la creencia de la mujer en que debe mantener el hogar hasta el final. Ella mantendrá la falsa creencia en creer en que el marido o compañero cambie, la víctima se siente responsable de su compañero. (Villaseñor 2000 Pág. 29)



Consecuencias negativas

- Dependencia.
- Baja autoestima.
- Depresión.
- Soledad, aislamiento, apatía.
- Sentimientos de represión como cólera, furia.
- Sentimiento de inferioridad.
- Desgaste emocional.

(Tamayo Muñoz, 2007).

Como resultado de las consecuencias negativas, nos manifiesta Luis Bonino, Psiquiatra y Director de estudios de la condición masculina. (artículo de Internet. Violencia de Género. Francisca Expósito. Revista Mente y Cerebro 48/2011. Pág. 23), que existe una serie de micromachismos que son los que sirven para mantener el dominio y la superioridad de los hombres frente a las mujeres para poner existencia al aumento del poder personal del sexo femenino. En la misma revista Leonor Walker llega a describir en 1984 “el síndrome de la mujer maltratada” de acuerdo a múltiples estudios. Se llega a la conclusión de que se trata de un fenómeno cultural, ya que muchas mujeres están socializadas en la aceptación de patrones de conducta abusivos sin ser conscientes de ello. Es por eso que se entra al ciclo de la violencia que lo describe la Psiquiatra Walker en que se dan diversas fases del fenómeno tensión, agresión y remisión, y es en esta última fase de la remisión que se identifica como la fase de “Luna de Miel” en que el agresor refuerza a su víctima con regalos o signos de arrepentimiento para mantenerla junto a él, manipulándola para que la víctima intervenga no poniendo denuncias o desista dentro del proceso.



Es un problema cultural

Desde pequeños a los niños se les enseña a que tienen que mandar y no hacer nada, a ser autoritarios y agresivos, y que la mujer es la que debe de servir siempre al hombre. (Estudio Exploratorio. Violencia Intrafamiliar hacia la mujer en Guatemala. 1,993)

De las medidas de seguridad

La principal medida adoptada es prohibir al agresor que se acerque a la víctima, en algunos casos, obligar al agresor que salga de la residencia de la víctima.

Se puede dar la prohibición al agresor para que mantenga armas en la casa de habitación que puedan servir para intimidar, amenazar o causar cualquier daño a las personas integrantes del grupo familiar.

Asimismo, se le puede suspender al agresor la guarda y custodia de los hijos menores de edad, incluso suspenderle al agresor el derecho de visitar a sus hijos e hijas en caso de agresión sexual.

Mujeres menores de edad

Las mujeres de escasos recursos económicos e indígenas han sido las más vulnerables como consecuencia de discriminación y violencia. Esta vulnerabilidad se ve reflejada en mujeres, niñas, jóvenes adultas y ancianas que está asociada a patrones socio-culturales que tienen manifestaciones concretas de discriminación y de violencia.



Por lo regular se les inculca a las niñas desde pequeñas a través de los juegos, diversas pautas y modelos para que en su futuro sean madres abnegadas, reinas de la limpieza y del mundo doméstico, haciéndoles ver también que son menos inteligentes que los niños, que es mejor ser discretas, pasivas y calladas.

La violencia contra la mujer ha sido definida en la Convención De Belem Do Para como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito privado como público. El Decreto 97-96 del Congreso de la República de Guatemala, define la violencia intrafamiliar de la siguiente manera:

La Violencia intrafamiliar, constituye una violación a los derechos humanos y para los efectos de la presente ley, debe entenderse como cualquier acción u omisión que de manera directa o indirecta causare daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o patrimonial, tanto en el ámbito público como en el privado, a persona integrante del grupo familiar, por parte de parientes o conviviente o exconviviente, cónyuge o excónyuge o con quien se haya procreado hijos o hijas.

Cuando a una niña expresamente se le dice que no sirve para nada, que su hermano es mejor que ella porque es varón, y que las niñas no fueron hechas para ciertas cosas, se está ejerciendo violencia psicológica contra ella.



Una niña abusada sexualmente, no tiene inicialmente conciencia plena de lo que está sucediendo, ya que está siendo objeto de una conducta desconocida para ella hasta entonces.

La ley nos habla que el interés superior del niño debe de prevalecer véase artículo 5 de la Ley PINA -Ley de Protección de la Niñez y Adolescentes-, ya que tanto el niño como la niña son sujetos de derechos y por ello se sobre entiende que se transforman en derechos exigibles.

El impacto de la violencia y sus efectos psicológicos

Sin lugar a dudas cada evento contra la mujer suele ser diferente y variado, no obstante, es de hacer resaltar que el impacto psicológico viene a constituir un trauma que dejará huella para toda la vida. Esta experiencia traumática del maltrato viene a producir en la víctima sentimientos de miedo, temor, ansiedad, coraje, vergüenza y humillación, pena y tristeza, como también un sentimiento de pérdida. Todas estas respuestas fisiológicas en la víctima o persona agraviada le ocasionan un serio desorden de estrés postraumático que posteriormente conlleva a un sentimiento de culpabilidad, luego a una resignación que culmina con el llamado “Síndrome de Estocolmo”.

La problemática en si

De acuerdo a algunos psicólogos y encuestas realizadas han detectado que una de las respuestas más escasas que la mayoría de personas coinciden es, en la de buscar ayuda con la policía cuando se da la violencia doméstica,



ya que consideran que el pedir auxilio a la policía no es efectiva para detener o escapar de la violencia. El buscar a la policía es la respuesta menos utilizada, la principal reacción ha sido en las mujeres el llorar, gritar y refugiarse en su habitación. De acuerdo a otros estudios en los casos más severos o extremos las mujeres corren a buscar ayuda externa, por ejemplo: la intervención médica, ayuda psicológica o psiquiátrica para ser escuchadas.

Los instrumentos internacionales

Es importante señalar que el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala se reconoce la supremacía de los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala en materia de Derechos Humanos.

La violencia doméstica se ha caracterizado como un problema de los derechos humanos, esencialmente con el movimiento internacional de mujeres exigió los derechos de las mujeres, incluyendo a una vida libre de violencia de género, fueron considerados parte integral e indivisible de los derechos humanos fundamentalmente reconocidos por el sistema universal.

Esta demanda se plasmó por primera vez en un instrumento internacional en la Declaración y de Acción de Viena (Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena 1996), luego en la Declaración de Naciones Unidas en contra de la violencia hacia las mujeres (ONU 1994), luego en la Declaración y Plataforma de Beijing (IV Conferencia Mundial sobre



la mujer Beijing 1995) y luego en el sistema regional, en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres (Convención de Belem do Pará).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra el derecho a la seguridad (artículo 3), la mujer busca protección para no ser agredida nuevamente. En el artículo 5 en la Declaración se consagra el derecho a no ser sujeto a tortura o trato inhumano o degradante. Es pues la violencia doméstica una situación especial que puede ser considerada como una violación al derecho a no sufrir torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, especialmente por los efectos físicos y psicológicos que produce.

En este orden de ideas en lo que corresponde a la violencia doméstica al figurarla como tortura, es menester hacer mención que se aplican otras normas internacionales, en particular la Convención Contra la tortura y otros tratos o penas crueles, Inhumanas o Degradantes. El artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, contempla sobre el derecho que tiene toda persona a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o la ley. Es por ello que se encuentran debidamente constituidos los juzgados y tribunales en materia especializada por ser un proceso de naturaleza diferente, persiguiendo el derecho a la integridad física y psíquica, a la seguridad, a la igual protección de la ley, a no ser sujeta a torturas y malos tratos que vengan a causarle daño o sufrimiento.



El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, por su parte consagra en el artículo 7 que nadie puede ser sujeto a tortura o trato cruel inhumano o degradante. El artículo 9.1 que toda persona tiene el derecho a la libertad y seguridad de su persona. Finalmente podemos ver que el artículo 26 expresa que todas las personas son iguales ante la ley y gozan sin discriminación alguna a la protección de la ley.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer fue aprobada y ratificada por Guatemala en el año 1982, bajo el régimen de facto del General Efraín Ríos Montt. No obstante, la existencia de esta ratificación pasó a ser una legislación vigente pero no positiva.

Al hacer un análisis de este contenido, encontramos algo muy importante; que se empieza reconociendo la dignidad y el valor de la persona humana, a la igualdad plena que debe existir tanto entre hombre como en la mujer, aspectos por los cuales se venía luchando por años y que no eran reconocidos como tal, no obstante la existencia de distintos instrumentos internacionales las mujeres siguen siendo objeto de discriminaciones, vulnerándose de tal manera el principio de igualdad de derechos y el de respeto a la dignidad humana.

La Convención claramente describe lo que debe de entenderse por discriminación contra la mujer, y se refiere explícitamente a esta restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de la mujer independientemente de su



estado civil bajo la base de igualdad entre hombre y mujer. Es así como la Convención hace énfasis en la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo.

La Convención de Belem do Pará- reconoce el respeto irrestricto a los derechos humanos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Afirma que la violencia contra la mujer constituye una violación a los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, limita total o parcialmente el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades. Debe entenderse como violencia contra la mujer cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, o psicológico, tanto en el ámbito público como en el privado.

Entre los derechos que protege figuran:

- a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.
- a que se respete su vida.
- a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
- a la libertad y a la seguridad personal.
- a no ser sometida a tortura.



- a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia.
- a igualdad de protección ante la ley y de la ley.
- a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos.

La desigualdad no es patrimonio de algunas mujeres, ya que todas están expuestas a este flagelo. Rigoberta Menchú nos dice en su libro: “Al varoncito se le mata una oveja o se le da pollos porque es la comida más común entre nosotros para celebrar la llegada de un niño. Al hombrecito se le tiene que dar más comida, se aumenta por todo su trabajo, que será difícil, por toda su responsabilidad. Y al mismo tiempo es un poco como el jefe de la casa, pero no es en el mal sentido de la palabra, sino es algo que tiene que responder con montones de cosas. No es tampoco despreciar la mujercita...” (Burgos 1987, pág. 35).

Analizando lo relatado por Rigoberta Menchú, podemos establecer pese a que ella misma expone que dentro de la comunidad no existe la preferencia por el varón, sino que el reconocimiento que se hace en torno a las expectativas de dureza que éste tendrá que soportar en el contexto en que deba desarrollarse, es evidente que sí existe discriminación contra la mujer, al preferirse al varón. La mujer trabaja muchas veces el doble. Además, no existe una conciencia de que la igualdad de hombres y mujeres redunde en el desarrollo de nuestro país.



En la aplicación de justicia, los tribunales discriminan a la mujer, al no observar las convenciones. Cuando la mujer reclama sus derechos, se considera que está atentando contra la seguridad de la familia y las tradiciones del Estado; y es en ese contexto que se ejerce contra ella mayor violencia.

La aplicación de perspectiva de género en las decisiones judiciales

La aplicación de la perspectiva de género forma parte de los compromisos internacionales asumidos por Guatemala.

Partiendo de lo anterior cabe preguntarnos ¿Qué es la perspectiva de género?, y podemos respondernos que la perspectiva de género debemos de entenderla como una categoría de análisis que sostiene que las diferencias entre hombres y mujeres se explican a partir de las condiciones sociales, culturales, políticas, económicas y jurídicas, históricamente creadas para determinar la vida de los hombres y mujeres a partir de su sexo biológico. Este análisis que en su conjunto se conoce como “sistema sexo-género”, permite comprender y profundizar sobre el comportamiento aprendido diferencialmente entre hombres y mujeres. La perspectiva de género explica así, como los hombres y las mujeres históricamente han estado regulados por comportamientos “permitidos”, “esperados”, “negados”, o “condenados” por el ambiente social en que viven, el cual está basado en las ideas de la denominación masculina que plantean como -fundamento principal- la inferioridad de las mujeres y la superioridad de los hombres. (Herramienta para la incorporación del enfoque de derechos humanos



y la perspectiva de género, en la elaboración de sentencias relativas a delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer. Pág. 33. Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado. Dic. 2015)

La diferencia entre hombres y mujeres han servido para generar discriminación y desigualdad en el ejercicio de los derechos de las mujeres. La concepción negativa de las diferencias y la posición de desventaja en la que se ha colocado a las mujeres, constituye el núcleo que ha generado relaciones de poder desiguales entre los géneros. La categoría género es importante porque permite analizar más que las características biológicas de un sexo u otro, las relaciones sociales que se establecen entre ellos, y ellas a partir de las diferencias anatómico-biológicas.

En lo que respecta a la Reparación Digna es importante señalar El Derecho Internacional de Los Derechos Humanos contempla que los Estados están obligados a reparar de una manera digna a toda aquella persona que haya sido violentada en sus derechos humanos. Desde este punto de vista legal se ha de resaltar, que las sentencias dictadas por los tribunales nacionales e internacionales se convierten en herramientas transformadoras de las realidades que violentan a las mujeres.

Lo relativo a la reparación digna

En los Juzgados y Tribunales de Instancia Penal de Delitos de Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, se inspiran y fundamentan en 3 principios básicos: (Oficina del Alto Comisionado. Herramientas para la incorporación del enfoque de Derechos Humanos y la Perspectiva de Género. 2015)



- Primer principio: “Principio de todo daño debe indemnizarse”. Siendo su fundamento el artículo 1646 del Código Civil.
- Segundo principio: “Principio de reparación proveniente del delito”. Que preceptúa que: “toda persona que es responsable de un delito o falta lo es también civilmente” así lo establece el artículo 112 del Código Penal.
- Tercer principio: “El principio de equidad”, ya que no se pretende un lucro.

De lo anterior podemos establecer que una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la Justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos. La reparación ha de ser proporcional al daño sufrido.

En la práctica se hace mención de un “Daño “Emergente” o sea los gastos realizados por la víctima o la Querellante Adhesiva como consecuencia del delito, pero debe justificarse en todo momento el requerimiento tal como lo establece la ley. Finalmente, también debe mencionarse “El Daño Moral” por la afección Psicológica ocasionada de la que se derivan traumas y demás aspectos en un sentido emocional que ha dado lugar a que la víctima tome medicamentos, asista a terapias psicológicas. De ello se desprende que la agraviada tenga derecho a una “restitución”, mientras se siga recuperando emocionalmente. Es importante mencionar que existen fallos que establecen que no es necesario acreditar el daño moral porque no es algo cuantificable.



Referencias bibliográficas

- Burgos, Elizabeth. Me llamo Rigoberta Menchú, y así me nació la conciencia. Editorial Siglo XXI, 1987.
- Tamayo Muñoz, Josefina. Violencia Contra Las Mujeres. Un Problema de Justicia y Derechos Humanos. Ponencia. Programa de Apoyo a la Reforma de la Justicia. Guatemala. Noviembre. 2007.
- Villaseñor Velarde, María Eugenia. Violencia doméstica y agresión social en Guatemala. Material de estudio y trabajo. 2ª. ed. Guatemala; Ed. Magna Terra Editores, 2000.

E-Grafías

(<https://psgrupo8.wordpress.com/historia/>)

<http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/21896/capitulo2.pdf>



Síntesis de la apelación penal

M.A. Samuel Villalta Aguilar

En la doctrina y en las diferentes legislaciones el recurso de apelación es el más conocido de los recursos. Para el caso de Guatemala procede en contra de autos y de sentencias; y cuando se interpone en contra de sentencias da inicio la segunda instancia del proceso jurisdiccional.

A. Apelación

I. Segunda instancia

La palabra instancia tiene varias acepciones, entre ellas la actividad que desarrollan las partes para promover o accionar en el proceso, la que según *Couture*:

En su acepción más común, instancia significa requerimiento, petitorio, solicitud. Se dice, entonces, que los actos procesales se realizan de oficio o a instancia de partes, según que los realice el juez por iniciativa propia o a requerimiento de alguno de los interesados. (p. 169, 1976)



Un ejemplo de instancia para la definición citada, lo constituye la actividad que realiza un litigante, cuando solicita al juez, que escuche a un testigo en anticipo de prueba, de conformidad con el artículo 317 del Código Procesal Penal, en adelante el Código o el CPP.

Otra acepción de la palabra instancia, es aquella en que se entiende, por primera instancia todo lo actuado desde que se presenta denuncia, querrela o se tiene conocimiento oficial de un hecho delictivo, hasta que el juzgador o tribunal dicta sentencia de primer grado.

Desde la perspectiva de la acepción anterior, la segunda instancia inicia con la apelación del fallo de primer grado ante el tribunal correspondiente.

En la legislación guatemalteca existen sólo 2 instancias de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala –en adelante la Constitución o CPRG-, que en el artículo 211, regula:

“En ningún proceso habrá más de dos instancias y el magistrado o juez que haya ejercido jurisdicción en alguna de ellas no podrá conocer en la otra ni en casación, en el mismo asunto, sin incurrir en responsabilidad.” La Constitución deja claro que, si se tratará de un magistrado o juez que ejerció jurisdicción en alguna de las instancias no podrá conocer en otra ni en casación.

Por lo que, de conformidad con la Constitución, queda claro que en el proceso jurisdiccional guatemalteco sólo existen 2 instancias, siendo en



ellas donde se conocen los casos sometidos a la justicia y donde se producen las resoluciones, que pueden dar lugar a impugnaciones de autos y de sentencias.

A continuación, se presenta la definición de recursos desde la perspectiva procesal penal.

II. Definición de recursos

Según el autor argentino Lino Palacio, se debe entender por recursos:

A aquellos actos procesales en cuya virtud la parte que se considera agraviada por una resolución judicial solicita, en el mismo proceso y dentro de determinados plazos computados a partir de la notificación de aquélla, que el mismo órgano que la dictó, u otro superior en grado, la reforme, modifique, amplíe o anule.

Por lo que, los recursos son actos procesales de las partes, dirigidos a buscar que se revoque, reforme, se modifique o se amplíe una resolución que le provoca agravio al interponente.

III. Características de los recursos

Resultan importantes las características de los recursos presentada por Rodríguez Barrillas y Enríquez Cojulún, quienes afirman que entre:



Las características comunes a todos los recursos se puede mencionar: a) que son actos procesales a cargo de las partes y nunca del propio tribunal que dictó la resolución cuestionada; b) su objetivo general es atacar las resoluciones judiciales a fin de que se reforme, modifique, amplíe o anule; c) los recursos se pueden plantear ante el mismo órgano que dictó la resolución o ante otro jerárquicamente superior; y d) para la interposición del recurso es necesaria la existencia de un agravio, esto es que la resolución impugnada cause un perjuicio a quien lo interpone. (p. 72, 2005)

Características que confirman, que los recursos son actos procesales de las partes y no del tribunal u órgano jurisdiccional que emitió la resolución, que sólo proceden cuando la ley lo señala taxativamente, debido a que se ha cometido agravio en la resolución. Por lo que es importante definir en qué consiste el agravio.

IV. El agravio

Para individualizar el agravio en la resolución y plasmarlo en el recurso que se interpone, es necesario que esté bien definido, por lo que según Couture, citado por Manuel Ossorio en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, el agravio consiste en:



El perjuicio o gravamen, material o moral, que una resolución judicial causa a un litigante. Es decir, que la expresión comentada presenta dos sentidos: uno de carácter sustantivo, representado por la ofensa que contiene y que puede dar lugar a responsabilidad de orden civil o penal para el agraviante; y otro de índole adjetiva, en cuanto da derecho a impugnación de una resolución judicial cuyo contenido se reputa agravante al derecho de quien lo alega. (1981)

En la definición citada se entiende por agravio, el daño o perjuicio que le causa la resolución judicial al litigante, tanto desde la perspectiva de la ley sustantiva como de la ley procesal, lo que le da derecho a impugnar la resolución.

Para ahondar en el agravio se analiza la definición que provee la autora Milena Conejo Aguilar, quien refiere que agravio, es el perjuicio real e irreparable a la vigencia de las garantías constitucionales, que limitan y racionalizan la potestad represiva del Estado en el proceso. Este perjuicio real es el que determina el interés procesal para recurrir (p. 31, 2008).

Por lo que también se puede entender como agravio a la violación de garantías constitucionales -piénsese en el derecho de defensa, debido proceso, tutela judicial efectiva-, y a las leyes ordinarias, que generan perjuicio a una o a las partes del proceso.



Por lo que el agravio es un daño real y efectivo que sufre una o ambas partes en el proceso penal a consecuencia de una resolución, que viola derechos fundamentales contenidos, ya sea: en la Constitución Política de la República; en Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos; o en leyes ordinarias.

Es muy importante, que quien impugna explique claramente en que consiste el agravio que le provoca la resolución, porque si no es comprensible, el tribunal no revocará, ni reformará la resolución de mérito.

Como ejemplo de agravio, tenemos el caso en que, el sindicado fue juzgado por el delito de robo de un vehículo, y se le impuso pena por dicho delito. Pero también por el delito de secuestro, por haberse llevado al piloto del vehículo, sin pedir canje, rescate o la toma de cualquier otra decisión para su liberación, ya, que no tenía intención de secuestrar al piloto a quien posteriormente bajó del vehículo, porque solo quería asegurar su fuga y el apoderamiento del vehículo. En tal caso no existió el delito de secuestro. Por lo que la doble penalización por un delito, constituye un agravio para el sindicado.

V. El recurso de apelación en la doctrina

Con relación al recurso de apelación de conformidad con la doctrina, el autor Jorge Clariá Olmedo, afirma que:

El recurso de apelación es un medio de impugnación ordinario y el más generalizado que se interpone ante el juez que dictó el



pronunciamiento agravante, por quien tenga interés, para que el tribunal superior reexamine, lo resuelto, lo revoque y confirme o modifique la decisión impugnada. (p. 327, 1991)

Al referirse el autor al pronunciamento agravante del juez, no queda claro si es un auto o una sentencia, por lo que se puede interpretar que se está refiriendo a autos y sentencias.

Continuando con la definición del recurso de apelación, el autor Eduardo Couture afirma que:

Se trata de lo que en doctrina ha sido estudiado tradicionalmente, bajo el nombre de “teoría del doble examen y juicio único”.

Reducido a sus términos más simples el problema es el siguiente: ¿la apelación es un medio de reparación de los errores cometidos en la sentencia apelada, o de los errores cometidos en la instancia anterior? (pp. 354 y 355, 1976)

En respuesta a la interrogante planteada por Couture, de si la apelación es un medio de reparación de los errores cometidos en la sentencia apelada o en la instancia anterior. Se puede afirmar desde la perspectiva del proceso penal guatemalteco (sistema procesal mixto pro acusatorio), siempre que el litigante haya presentado reclamo de subsanación de los errores cometidos en la instancia anterior, o que, al no ser declarada procedente la



subsanción por el juzgador, el agraviado haya dejado sentada protesta de anulación, entonces, la apelación podrá hacer la corrección de los errores cometidos en la instancia anterior y en la sentencia apelada.

VI. La apelación en la convención americana sobre derechos humanos

Desde la perspectiva del Derecho Convencional de los Derechos Humanos las partes tienen derecho de impugnar las resoluciones que les causen agravio de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención o CADH), que en el artículo 8.2 de las garantías judiciales, inciso h, reconoce el: “derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior.” Lo que se entiende como recurso de apelación.

Pero la CADH, complementa el artículo 8.2 inciso h) con el 25, regula que: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”

Se puede considerar entonces, que el artículo 25, cuando cita el recurso “sencillo y rápido” está aludiendo a los recursos –acciones- que, en Guatemala, se conocen como: Exhibición Personal, Amparo e Inconstitucionalidad de las leyes, contenidos en los artículos 263 al 267



de la CPRG, con el nombre de Garantías Constitucionales y Defensa del Orden Constitucional.

VII. La apelación en el pacto internacional de derechos civiles y políticos

El recurso de apelación se encuentra consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 14.5 (en adelante el Pacto o PIDCYP), aunque no con el nombre de apelación, de la manera siguiente:

“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.”

Por lo que el PIDCYP otorga a la persona declarada culpable el derecho a que un tribunal superior revise el fallo condenatorio que le fue impuesto.

Se advertirte que el derecho a recurrir el fallo en la CADH y en el PIDCYP, no se encuentra bajo la denominación de recurso de apelación, debido a que puede variar el nombre que se le otorgue, dependiendo de la legislación del Estado signatario; y porque además pueden comprender otros recursos, por ejemplo, para el caso de Guatemala, aparte de la apelación, la apelación especial y la casación.

La CADH y el PIDCYP, constituyen fundamentos de rango constitucional, para impugnar el fallo agravante, ya que dichos instrumentos internacionales de derechos humanos, tienen preeminencia sobre el derecho



interno –normativa ordinaria- de conformidad con los artículos 44 y 46 constitucionales.

VIII. La apelación desde la perspectiva constitucional

Desde la perspectiva constitucional el derecho de defensa y de impugnar las resoluciones que provocan agravio al litigante, está comprendido en el artículo 12 de la CPRG, que regula:

“La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.” Se advierte que el artículo 12 constitucional regula el Principio del Debido Proceso, que le reconoce a la persona sus derechos y garantías ante el poder público, otorgándole obviamente el derecho a impugnar las resoluciones que le causen agravio.

También el artículo 29 de la CPRG regula que: “Toda persona tiene libre acceso a los tribunales [de justicia], (...) para hacer valer sus derechos de conformidad con la ley.” Lo que complementa el debido proceso, ya que, si la persona no tiene libre acceso a los tribunales, no podría ejercer su derecho de defensa y por ende recurrir las resoluciones que le causan agravio.

IX. La apelación en el código procesal penal

En la jerga jurídica guatemalteca y en la práctica tribunalesia el recurso de apelación, es conocido como “recurso de apelación genérica”, no así en el CPP, que lo regula únicamente como “recurso de apelación”.



El nombre de “apelación genérica” ha sido utilizado para distinguirlo de la apelación especial, no obstante, que dichos recursos proceden contra autos y sentencias, la diferencia entre ambos será motivo de un trabajo más profundo en otro documento.

A continuación, se analiza el recurso de apelación desde la perspectiva del CPP, lo cual se hará por separado, iniciando por los autos y posteriormente se analizarán las sentencias en contra de las cuales procede.

B. Autos apelables

Autos

El artículo 404 del CPP, regula que son apelables los autos dictados por los jueces de primera instancia que resuelvan:

Conflictos de competencia, impedimentos, excusas y recusaciones, los que no admitan, denieguen o declaren abandonada la intervención del querellante adhesivo o del actor civil, los que no admitan o denieguen la intervención del tercero demandado, los que autoricen la abstención del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, los que denieguen la práctica de la prueba anticipada, los que declaren la suspensión condicional de la persecución penal, los que declaren el sobreseimiento o clausura del proceso, los que declaren la prisión o imposición de medidas



sustitutivas y sus modificaciones, los que denieguen o restrinjan la libertad, los que fijen término al procedimiento preparatorio, los que resuelvan excepciones u obstáculos a la persecución penal y civil; y los autos en los cuales se declare la falta de mérito.

Los autos citados son emitidos en la etapa preparatoria del proceso penal; y los recursos de apelación en contra de dichos autos, son conocidos por las salas de la corte de apelaciones correspondientes.

El artículo 404 del CPP, también regula que: “(...) son apelables con efecto suspensivo los autos definitivos emitidos por el juez de ejecución y los dictados por los jueces de paz relativos al criterio de oportunidad.” Tema que será tratado adelante.

I. Apelación de autos del juez de ejecución

Según la competencia asignada en el CPP los jueces de ejecución, de conformidad con el artículo 51:

“(...) tendrán a su cargo la ejecución de las penas y todo lo que a ellas se relacione (...)

Queda claro, que los jueces de ejecución en ningún caso dictan sentencia y sólo emiten autos, por lo que, de conformidad con el último párrafo del artículo 404 del CPP:



(...) son apelables con efecto suspensivo los autos definitivos emitidos por el juez de ejecución (...)”

Corresponde a las salas de apelaciones de la Corte Suprema de Justicia, en la adelante la Corte o CSJ, resolver los autos definitivos de los jueces de ejecución, en contra de los que se presenten recursos de apelación, de conformidad con el artículo 49 del CPP, que preceptúa “las salas de la corte de apelaciones conocerán de los recursos de apelación de los autos definitivos (...)”.

Ejemplo de autos definitivos emitidos por el juez de ejecución, que son apelables: a) de libertad por buena conducta, artículo 44 CP; b) de suspensión condicional de la ejecución de la pena, artículo 72 CP; c) de régimen de libertad condicional, artículo 80 CP; d) de libertad controlada por enfermedad terminal, artículo 69 Ley del régimen penitenciario; e) de traslado internacional de reos con base en convenios de cumplimiento de penas en el extranjero; convención interamericana para el cumplimiento de condenas penales en el extranjero; y f) de suspensión de multas en delitos contra la narcoactividad, artículo 14 Ley contra la narcoactividad.

II. Apelación de autos en la ley contra la delincuencia organizada

De conformidad con los artículos 106 y 107 la Ley contra la delincuencia organizada, -en adelante LCDO-, “son apelables los autos que denieguen o autoricen: a) Interceptaciones de comunicaciones. b) Medidas precautorias. c) Así como el auto que aprueba o no el acuerdo de colaboración



eficaz.” Pero también, se debe tener presente, de conformidad con el artículo 108 de la LCDO, que para el planteamiento del recurso de apelación son aplicables las normas establecidas en el CPP.

El recurso de apelación se puede interponer contra el auto que otorga el beneficio de colaboración eficaz, cuando falta alguno de los requisitos, que exige el artículo 94 de la LCDO, para otorgar el beneficio de colaboración eficaz, o cuando existiendo éstos no se otorga dicho beneficio. Siempre y cuando el beneficio no sea a un jefe o cabecilla de la estructura criminal.

Pero también se debe tomar en consideración, cuando se otorgue algún beneficio al colaborador eficaz, que debe cumplir con todos los requisitos, para obtener el beneficio, de conformidad con los artículos 93 y 102 de la LCDO, como lo son haber entregado todos los bienes y ganancias obtenidos de su actividad ilícita con la organización criminal, ya que podría delatar a sus cómplices con la sola intención de evitar la punición, sin devolver los bienes producto de su actividad delincuencia.

III. Apelación de autos emitidos por jueces de paz

El artículo 404 del CPP, regula que “(...) son apelables con efecto suspensivo los autos definitivos (...) y los dictados por los jueces de paz relativos al criterio de oportunidad.”

El recurso de apelación contra la resolución que otorgue o deniegue el criterio de oportunidad, puede ser interpuesto por el querellante adhesivo o por el agraviado, también puede ser interpuesto por el Ministerio



Público, en adelante el MP, cuando el juez le deniegue la autorización, para abstenerse de ejercitar la acción penal.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 25 Bis último párrafo del CPP, al vencimiento del término de un año se extinguirá la acción penal, salvo que se probaré que el sindicado cometió fraude o hubo error, dolo, simulación o violencia, para que le fuera otorgado el criterio de oportunidad. En este último caso el MP por lo regular pide al juez la revocatoria del criterio de oportunidad. Pero no existe fundamento legal para pedir la revocatoria del criterio de oportunidad. Por lo que el defensor se debe oponer a que se revoque el criterio de oportunidad otorgado a su patrocinado, ya que no existe un fundamento legal, que preceptúe la revocación dicho criterio, en caso se probare que hubo fraude, error, dolo, simulación o violencia, para obtenerlo.

Para el trámite y órgano competente, para conocer el recurso de apelación, ver en el título Apelación en los numerales: I. Autos apelables; II. Apelación de autos del juez de ejecución; III. Apelación de autos en la ley contra la delincuencia organizada; y IV. Apelación de autos emitidos por jueces de paz, se desarrolla en el numeral VII. Trámite de la apelación. En tanto que lo relacionado con el numeral IV abajo contenido se desarrollará a continuación del mismo por ser una materia especial.



IV. Apelación de autos emitidos por jueces de adolescentes en conflicto con la ley penal

Para garantizar el derecho de defensa y el debido proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal, la Ley de protección integral de la niñez y adolescencia, en adelante la Ley Pina, les otorga el derecho de apelar las resoluciones que les causan agravio, siempre que la ley conceda ese derecho –impugnabilidad objetiva–.

V. Procedencia de la apelación

De conformidad con lo regulado en el artículo 230 de la “Ley Pina”, procede el recurso de apelación, en contra de las resoluciones siguientes:

- a) La que resuelva el conflicto de competencia;
- b) La que ordene una restricción provisional a un derecho fundamental;
- c) La que ordene la remisión;
- d) La que termine el proceso;
- e) La que modifique o sustituya cualquier tipo de sanción en la etapa de ejecución;
- f) Las demás que causen gravamen irreparable.

VI. Facultad de recurrir en apelación

De conformidad con el artículo 231 de la “Ley Pina”, “el recurso de apelación procede sólo por los medios y en los casos establecidos de modo expreso [impugnabilidad objetiva]. Las partes únicamente podrán recurrir [impugnabilidad subjetiva] cuando la resolución les produzca agravio (...).”



En este apartado se tratan únicamente los autos emitidos por el juez de la Niñez y la Adolescencia en conflicto con la ley penal. Lo relacionado con la apelación de las sentencias será tratado adelante, en otro apartado.

Se debe tomar en consideración, que, “cuando la resolución solo haya sido recurrida a favor del adolescente, no podrá ser modificada en su perjuicio” –*Reformatio in peius*–, ya que la ley de la materia lo prohíbe expresamente. Es muy importante que la ley incluya la prohibición de hacer la reforma en perjuicio del adolescente apelante, para no agravar aún más su situación jurídica.

VII. Trámite de la apelación

De acuerdo con el artículo 232 de la Ley Pina: “el recurso de apelación deberá interponerse por escrito, dentro del plazo de tres días, ante el Juez de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal que conoce el asunto.”

Dicho recurso deberá ser conocido por la Sala de Apelaciones que corresponda y para el efecto debe ser remitido por el juez correspondiente.

VIII. Motivos en que se fundamenta la apelación

También regula el artículo 232, que, en el escrito, deberán expresarse los motivos en que se fundamenta el recurso de apelación y las disposiciones legales aplicables; además, deberá ofrecerse la prueba pertinente, cuando proceda. Recibido el memorial, deberá remitirse inmediatamente a la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia.



En la presentación del recurso el defensor debe tomar en consideración los principios que rigen la justicia especializada, de conformidad con los artículos 142 al 159 de la Ley Pina, siempre que sean los atinentes a la resolución que se impugna, sin dejar de tomar en consideración lo relacionado con la Convención de los Derechos del Niño.

IX. Plazo para resolver la apelación

Admitido el recurso, el tribunal emplazará a las partes para que comparezcan a una audiencia oral y fundamenten el recurso en un plazo de 5 días a partir de la notificación.

El plazo será de 10 días cuando existan razones por el término de la distancia. El mismo procedimiento y plazo se utilizará para el caso de las apelaciones que se interpongan en contra de las resoluciones dictadas en esta materia y en los casos previstos por los jueces de paz.

Es importante enfatizar que el artículo 232 de la Ley Pina, se refiere a cuando los jueces de paz han intervenido en casos de adolescentes en conflicto con la ley penal por razones de turno. En tales circunstancias puede existir vulneración a los derechos de los niños y adolescentes, debido a que, no son juzgados especializados en la materia; y por lo tanto pueden vulnerar derechos que les otorga la Ley Pina. Por lo que, para garantizar los derechos de la niñez y adolescencia en conflicto con la ley penal, es necesario que el Estado implemente juzgados de turno especializados en niñez y adolescencia.



Por otra parte, el artículo 233 de la Ley Pina, regula que: “inmediatamente después de la audiencia oral, la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia resolverá el recurso planteado, salvo en casos complejos, según criterio de esta, en cuyo caso podrá, en un plazo no mayor de tres días, resolver el recurso interpuesto.”

Es de esperar que los recursos sean resueltos en el plazo de 3 días, que regula el artículo 233. Pero, cuando son resueltos por las salas de la corte de apelaciones a las que se les amplió la competencia, para conocer asuntos de niñez y adolescencia, en la mayoría de casos resuelven, como si se tratará del proceso para adultos, ya que no son especializadas en la materia, retrasan las resoluciones y por lo general aplican el CPP y no la ley pina, ni la Convención sobre los Derechos de Niño y demás convenciones, lo que viola derechos de la niñez y adolescencia en conflicto con la ley penal.

La base legal para la ampliación de la competencia, es el Acuerdo 40-2016 de la CSJ de fecha Guatemala, 28 de septiembre de 2016, que amplió la competencia a las Salas de la Corte de Apelaciones, de: Quetzaltenango, Retalhuleu, Huehuetenango, Cobán, Alta Verapaz, Izabal, Petén, Jalapa, Zacapa, Antigua Guatemala, Escuintla y Santa Rosa, para que conozcan asuntos planteados contra los juzgados de la niñez y adolescencia en conflicto con la ley penal.



C. Apelación de sentencias

I. Apelación de sentencia de faltas dictadas por jueces de paz

De conformidad con el artículo 491 del CPP, contra las sentencias dictadas en los juicios de faltas procederá el recurso de apelación, que conocerá el juzgado de primera instancia competente, el que resolverá dentro del plazo de 3 días y con certificación de lo resuelto devolverá las actuaciones inmediatamente.

Se advierte que el tribunal –juzgado- ad quem, en el caso de faltas es el de primera instancia, por ser el órgano designado por la ley y por ser superior en jerarquía al juzgado de paz.

Regula también el artículo 491, que la apelación, se puede interponer verbalmente, se entiende que, de ser verbal, será dentro del procedimiento al momento de quedar notificada la sentencia; y por escrito con expresión de agravios dentro del término de los 2 días de notificada la sentencia.

Se considera que interponer el recurso dentro de los 2 días, es más conveniente, ya que permite un mejor análisis de la sentencia, en tanto que verbalmente se corre riesgo de no contar con tiempo suficiente, para analizar y realizar una efectiva argumentación de los agravios.



II. Apelación de sentencia de procedimiento abreviado

El artículo 405 del CPP, regula que:

“Son apelables las sentencias que emitan los jueces de primera instancia que resuelvan el “procedimiento abreviado” contenido en el Libro Cuarto de Procedimientos Especiales, Título I de este Código.”

La impugnabilidad objetiva contenida en el artículo 405 del CPP, se repite en el Libro IV, Procedimientos Específicos, artículo 466, que regula:

“Contra la sentencia [del procedimiento abreviado] será admisible el recurso de apelación, interpuesto por el Ministerio Público, o por el acusado, su defensor y el querellante por adhesión.”

Por lo que no queda duda, que los artículos 405 y 466 regulan y sirven de fundamento al recurso de apelación presentado contra la sentencia que dicta el juez de primera instancia en el procedimiento abreviado.

III Apelación de sentencia de procedimiento simplificado

El procedimiento simplificado fue implementado como un procedimiento especial para juzgar delitos iniciados por flagrancia, por citación o por orden de aprehensión, donde no se requiere investigación posterior o complementaria, de conformidad con el artículo 465 Bis, que fue adicionado al CPP, por el Decreto 7-2011 del Congreso de la República, 17 años después, ya que el CPP, Decreto 51-92 del Congreso, entró en vigencia el 1 de julio de 1994.

El artículo 465 Bis, regula los requisitos y el procedimiento para dictar el auto de apertura a juicio.



El procedimiento simplificado ha sido escasamente aplicado por el MP y los tribunales, lo que no ha permitido su desarrollo, por ende, no posible hacer un mayor análisis de dicho procedimiento.

Con relación al recurso de apelación, en el caso del procedimiento simplificado, no existe fundamento legal a nivel ordinario -impugnabilidad objetiva-, para apelar la sentencia, lo que genera incertidumbre a los agraviados.

No obstante, la sentencia comúnmente es apelada con base en el artículo 405 y en el 466 del CPP. Pero en este caso particular conviene hacer aplicación del artículo 8.2 inciso h) de la CADH, que contiene el “derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior”; y el artículo 14.5 del PIDCYP, regula que: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito en la ley.” Ambos tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos, que tienen rango constitucional.

IV. Apelación de sentencia de procedimiento para delitos menos graves

En el presente caso el artículo 44 del CPP, ya regulaba la competencia de los juzgados de paz penal, de la manera siguiente:

“Tendrán a su cargo el control jurisdiccional de la investigación efectuada por el Ministerio Público en la forma que este Código



establece (...) delitos penados con prisión que no exceda de cinco años, con excepción de los delitos contemplados en la Ley contra la Narcoactividad.”

Por otra parte, a los agraviados les asiste el derecho de impugnar los autos y las sentencias dictadas en delitos penados con prisión que no exceda de 5 años, tal como sucede en casos del procedimiento para delitos menos graves –en adelante delitos menos graves o PDMG-, que según el artículo 465 Ter del CPP, regula: “(...) constituye un procedimiento especial que se aplica para el juzgamiento de los delitos sancionados en el Código Penal con pena máxima de cinco años de prisión. Para este procedimiento son competentes los jueces de paz (...)”.

El artículo 465 Ter, fue adicionado al CPP, por el Decreto 7-2011 del Congreso de la República, 17 años después, ya que el CPP, Decreto 51-92 del Congreso, entró en vigencia el 1 de julio de 1994.

Se advierte que existe diferencia entre el procedimiento simplificado y el PDMG, a los que dio vida el Decreto 7-2011 del Congreso de la República. Dichos procedimientos difieren, en que, el PDMG, es altamente aplicado en la actualidad por los juzgados pluripersonales de paz penal, en tanto que el procedimiento simplificado, rara vez ha sido aplicado en los Juzgados de Primera Instancia, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente.

Volviendo al tema de apelación de la sentencia en el caso de delitos menos graves, no existe fundamento en el CPP –impugnabilidad objetiva-, para



apelar la sentencia dictada, en el PDMG, lo que genera incertidumbre para los agraviados.

Pero buscando resolver el problema mediante un Acuerdo, la Corte Suprema de Justicia modificó el artículo 8 del Acuerdo Número 40-2017, a través del artículo 1 del Acuerdo Número 58-2018 de la Corte Suprema de Justicia, de fecha, Guatemala 27 de septiembre de 2018, el cual quedó de la siguiente manera: “Artículo 8. Los recursos contra las resoluciones emitidas en los procedimientos para delitos menos graves que dicten los Juzgados de Paz, serán conocidos por las Salas Penales o Mixtas que correspondan conforme a las reglas de competencia previamente establecidas por la Corte Suprema de Justicia. Esto en consonancia con los compromisos adquiridos por el Estado de Guatemala a través de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos.

Los recursos interpuestos en las demás causas, contra las resoluciones emitidas por los Juzgados de Paz serán conocidos por los Juzgados de Primera Instancia Penal competente de conformidad con las reglas de competencia previamente establecidas por la Corte Suprema de Justicia.”

Para mayor certeza del apelante, las sentencias dictadas en Procedimiento para Delitos Menos Graves, pueden ser impugnadas, además del artículo 8 del Acuerdo 40-2017, modificado por el Acuerdo 58-2018 de la Corte Suprema de Justicia, por los artículos: 405 y 466 del CPP; y en el artículo 8.2 inciso h) de la CADH, que contiene el “derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior”; y en el artículo 14.5 del PIDCYP, que



regula: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.” Los citados instrumentos internacionales de derechos humanos, tienen rango constitucional, por lo que prevalecen sobre la normativa ordinaria, al momento de apelar las sentencias referidas.

V. Apelación de sentencia de adolescentes en conflicto con la ley penal

Tomando en consideración que el proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal es especializado y, se rige de la conformidad con los principios de la “Ley Pina” y de la Convención de los Derechos del Niño y otros tratados, el abogado defensor debe estar muy atento, y no permitir que se violen derechos de la niñez y la adolescencia, imponiendo sanciones que no sean socio educativas. Pero tomando en consideración que dichas sanciones sean excepcionales, y aplicables, sólo cuando favorezcan a la niñez y la adolescencia, ya que por lo general se debe evitar todo tipo de sanciones.

El presente apartado se refiere únicamente a la sentencia emitida por el juez de adolescentes en conflicto con la ley, tanto sentencia de condena como la sentencia absolutoria.

Para completar el procedimiento a seguir en la apelación de la sentencia, se debe consultar la apelación de los autos desarrollado en el título Autos apelables numerales: IV. Apelación de autos emitidos por jueces de



adolescentes en conflicto con la ley penal; V. Procedencia de la apelación; VI. Facultad de recurrir en apelación; VII. Trámite de la apelación; VIII. Motivos en los que se fundamenta la apelación; y IX. Plazo para resolver la apelación.

VI. Interposición del recurso de apelación

El recurso de apelación va dirigido al juez de primera instancia que dictó el fallo, quien lo remite a la sala de la corte de apelaciones competente de conformidad con el artículo 406 del CPP, lo cual también es aplicable en el PDMG, con la diferencia que el recurso va dirigido al juez pluripersonal de paz penal que dictó el fallo correspondiente.

El recurso se presenta por escrito dentro del término de 3 días de notificada la resolución agravante, debiendo expresar claramente el motivo en que se funda, bajo sanción de inadmisibilidad, si el apelante no corrige en su memorial los defectos u omisiones, según el artículo 407 del CPP, que se complementa con el 399, párrafo segundo, que regula, “si existiese omisión de forma o de fondo, el tribunal lo hará saber al interponente dándole un plazo de tres días, contados a partir de la notificación al recurrente, para que lo amplíe o corrija respectivamente.”

El artículo 408 del CPP, regula lo relacionado con los efectos del procedimiento, de la manera siguiente:

“Todas las apelaciones se otorgarán sin efecto suspensivo del procedimiento, salvo las de las resoluciones que por su naturaleza claramente



impidan seguir conociendo del asunto por el juez de primera instancia sin que se produzca situación que sea susceptible de anulación.

Excepto en los casos señalados por este Código, la resolución no será ejecutada hasta tanto sea resuelta por el tribunal superior.”

Entre las apelaciones con efecto suspensivo, se encuentran los autos definitivos emitidos por el Juez de Ejecución –ya citados en el numeral II. Apelación de autos del juez de ejecución- y los relativos al criterio de oportunidad dictados por el juez de paz, así también el sobreseimiento que pone fin al proceso. Verbigracia, hasta que el auto ha causado firmeza se puede levantar la medida de arraigo, y/o de embargo o, devolver la caución económica.

VII. Trámite de la apelación y órgano competente para conocer

Según el artículo 410 del CPP, “otorgada la apelación y hechas las notificaciones, se elevarán las actuaciones originales, a más tardar a la primera hora laborable del día siguiente.” Esto significa que el juez que dictó la resolución debe remitir las actuaciones al tribunal de alzada –artículo 409 CPP-, entendiéndose como tal a la sala de apelaciones correspondiente.

De conformidad con el artículo 409 del CPP, “el recurso de apelación permitirá al tribunal de alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los agravios, y permitirá al tribunal confirmar, revocar, reformar o adicionar la resolución.”



Según Rodríguez Barillas, es importante señalar, que la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictada en el caso Herrera Ulloa VR. Costa Rica ha indicado que el derecho a recurrir, debe permitir realizar un análisis o examen comprensivo o integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Las interpretaciones restrictivas sobre los motivos y casos de procedencia de la revisión son contrarias al artículo 8.2 inciso h) de la CADH. (p. 269, 2018)

También la Comisión interamericana de Derechos Humanos en el caso Herrera Ulloa, se ha pronunciado indicando que “la posibilidad de “recurrir del fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.”

De acuerdo con el artículo 411 del CPP, “recibidas las actuaciones, el tribunal resolverá dentro del plazo de tres días y, con certificación de lo resuelto, devolverá las actuaciones inmediatamente.” Pero el plazo de 3 días para resolver se incumple en la realidad, ya que transcurre el tiempo en demasía, sin que el recurso sea resuelto y devueltas las actuaciones al juzgado correspondiente. El artículo citado también regula que: “cuando se trate de apelación de sentencia por procedimiento abreviado se señalará audiencia dentro del plazo de cinco días de recibido el expediente para que el apelante y demás partes expongan sus alegaciones. Podrán hacerlo



también por escrito. Terminada la audiencia el tribunal pasará a deliberar y emitirá la sentencia que corresponda.”

Las alegaciones se presentan generalmente por escrito y con raras excepciones en forma verbal.

La sentencia dictada en procedimiento abreviado, excepcionalmente es apelada por la parte condenada, ya que en muchos casos el MP, accede a presentar acusación en la vía del procedimiento abreviado, con la condición que la sentencia de condena no sea apelada.

VIII. *Reformatio in peius*

Con relación a la *Reformatio in peius*, no quedó incluida en las disposiciones generales, contenidas en los artículos 398 al 401 del CPP, que se refieren a los recursos, como tampoco en el apartado que desarrolla al recurso de apelación. Por lo que se debe hacer aplicación del artículo 422 del CPP, para fundamentar el recurso de apelación y pedir que no se haga la reforma en perjuicio del apelante.

Se debe alegar la prohibición de la reforma en perjuicio por constituir un derecho, cuando únicamente la persona agraviada apela la resolución, ya que busca salir favorecido con la revisión del auto o de la sentencia, y no que un tribunal superior le agrave más su situación jurídica, en vista que, si el tribunal agrava su situación, se debe impugnar el fallo agravante.



Referencias bibliográficas

- Clariá Olmedo, J. (1991). *Derecho Procesal*. Buenos Aires: Ediciones-Depalma.
- Conejo Aguilar, M. (2008). *Medios de Impugnación y Defensa Penal*. San José.
- Couture, E. (1976). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Ossorio, M. (1985). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Heliasta.
- Palacio, L. E. (1998). *Los Recursos en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Rodríguez Barillas , A. (2018). *Estrategias de defensa en delitos atribuidos a Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal*. Guatemala.
- Rodríguez Barillas y Enríquez Cojulún , A. (2005). *Apelación Especial*. Guatemala: Rukemik Na'ojil.



La prisión provisional en Guatemala: una monstruosidad jurídica

M.Sc. Otto Anibal Recinos Portillo

El señor Juan Pérez fue detenido por orden judicial un 10 de mayo, dentro de un proceso donde figuran alrededor de cuarenta personas más. A pesar que la Constitución Política garantiza que todo detenido debe ser escuchado por juez competente en el plazo de 24 horas, sin ser escuchado y sin existir un auto de procesamiento dictado en su contra, se ordena su ingreso a las cárceles públicas bajo la figura de la prisión provisional. Permanece en ese limbo jurídico hasta el 22 de agosto donde da inicio la primera declaración. Es así como bajo la figura desnaturalizada de la prisión provisional, permaneció detenido ilegalmente dos meses y once días. (El nombre es ficticio, de un caso real tramitado por la Coordinación de Delitos de Mayor Riesgo, del Instituto de la Defensa Pública Penal).

A más de 25 años de vigencia del Código Procesal Penal actual en Guatemala, el cual fue instrumento de un cambio radical en el paradigma de juzgar. Tras la adopción de un proceso penal que abjura del modelo inquisitivo, que adopta el acusatorio como medio para garantizar una eficaz averiguación de la verdad y una tutela efectiva de los derechos



fundamentales de la víctima y del acusado por igual. En estos tiempos se ha visto la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, para transitar del control de constitucionalidad básicamente concentrado en el tribunal constitucional, al control de convencionalidad en un sistema difuso que obliga a todos los jueces nacionales a velar ex officio por la compatibilidad de los actos judiciales con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados y convenciones de la materia ratificados por el Estado. En esta época de luces y avances en la justicia, de forma atónita se presencia el surgimiento de prácticas judiciales violatorias de los derechos humanos fundamentales por quienes están llamados a garantizar su tutela y protección: los jueces.

El engendro jurídico de la prisión provisional en Guatemala, cuya validez pretende pasar por autoridad de cosa juzgada, por haber sido respaldada como práctica judicial legítima por cortes de apelaciones y la propia Corte Suprema de Justicia, es una muestra de la vocación inquisitiva que pervive en la mentalidad del sistema y principalmente de los jueces.

Pero, ¿En qué consiste la mala práctica procesal de la prisión provisional? No es más que un invento judicial para dar apariencia de legalidad a la detención ilegal de una persona sindicada de la comisión de un delito, una vez transcurrido el plazo constitucional de veinticuatro horas, sin haber sido escuchada por juez competente y sin que se haya resuelto su situación jurídica. Una persona permanece en esa situación de hecho, desde el momento en que se rebasa el plazo constitucional de veinticuatro horas, hasta que es efectivamente intimada, escuchada y vinculada a proceso penal, o en su caso, obtener falta de mérito. Se conocen casos de personas



que han permanecido bajo esa forma de detención ilegal por más de tres meses. Si la persona que permaneció bajo la figura de prisión provisional es vinculada a proceso, y no obtiene una medida sustitutiva, se dicta en su contra prisión preventiva. De esta manera los jueces hacen una burda distinción entre la prisión provisional y la prisión preventiva, cuando según la ley procesal guatemalteca es una misma figura procesal.

Es cierto que se puede argumentar que la anomalía procesal de la prisión provisional ocurre en los procesos masivos, en los que figuran numerosos sindicados. Pero el Estado tiene la obligación de garantizar a sus habitantes el cumplimiento de las garantías esenciales que conforman el debido proceso, por lo que, ante ese tipo de situaciones, el Estado debe tomar las medidas adecuadas para cumplir los plazos legales y no vulnerar los derechos humanos.

¿Es acaso un problema interpretativo? ¿Tiene responsabilidad el legislador por aprobar normas procesales ambiguas o, por el contrario, el surgimiento de la figura desnaturalizada de la prisión provisional es responsabilidad exclusiva de los jueces?

La ley penal, como ocurre en todas las ramas del derecho, requiere de la labor interpretativa para su aplicación. Actividad que necesariamente deben hacer los sujetos procesales. El defensor y el fiscal interpretan la ley penal sustantiva y procesal, como parte de su labor ilustrativa y argumentativa para influir en la mentalidad del juzgador. Pero solamente la interpretación del juez produce efectos y consecuencias legales como



producto del necesario proceso de creación de las decisiones judiciales a partir de la ley general y abstracta.

El intérprete cuenta con una serie de métodos y técnicas que le sirven de instrumentos para una adecuada interpretación. Los métodos van desde el conocimiento de la historia de la norma o la institución jurídica de que se trate, pasando por el sentido puramente gramatical del texto, hasta la finalidad o fin que buscó el legislador al momento de crear la norma. No obstante, ese constante afán de perseguir el fin o propósito que el legislador quiso dejar plasmado en la norma, puede llevar al interprete a situaciones inconvenientes. Porque lo importante no es la intención del legislador, sino la propia configuración que adquiere la norma como una entidad independiente y objetiva, que adquiere vida propia y alcances particulares en cada caso concreto.

El ideal es que la norma sea lo suficientemente clara, que haga innecesaria la interpretación. Expresa Bentham, desde el lejano año 1842, que el legislador debe centrarse en una adecuada técnica legislativa para una correcta elaboración de ley. El gran pensador inglés consideraba que las técnicas de redacción de la ley podían evitar los procesos interpretativos, convirtiéndolos en algo excepcional. Llamaba la atención a reglas básicas como: utilizar en el cuerpo de las leyes solamente términos que sean familiares al pueblo. Si se utilizan términos técnicos, debe tomarse la precaución de definirlos en la misma ley, con palabras conocidas y usadas. (Bentham, Colección de obras. 1842). En resumen, se trata de acercar la ley al pueblo, de convertirla en algo digerible a la comprensión de las



masas, que al final son los destinatarios de las normas generales, y no en un producto prohibido y de conocimiento exclusivo de los juristas.

La experiencia como defensores públicos permite concluir que el mayor reto interpretativo debe hacerse con relación al derecho penal sustantivo. Por regla general, el derecho procesal penal es lo suficientemente claro para no dar mayores problemas de interpretación. Por ello no se explica como la mal llamada prisión provisional pretende legalizar la privación de libertad de una persona, entre el acto de la detención policial o presentación voluntaria ante el órgano jurisdiccional y la primera declaración. Está claro que el plazo de detención policial y administrativa, en sentido estricto debe durar el plazo constitucional de veinticuatro horas para ser escuchado por juez competente. La interpretación del Artículo 9 del texto constitucional no deja lugar a dudas de carácter interpretativo. En tanto, el Artículo 259 del Código Procesal Penal, expresa con claridad meridiana, que únicamente se podrá ordenar la prisión preventiva, después de oír al sindicado, cuando medie información sobre la existencia de un hecho punible y motivos racionales suficientes para creer que el sindicado lo ha cometido. Esto lleva a la conclusión que en Guatemala el ardid legal de dictar la prisión provisional a un detenido, que aún no tiene la calidad de procesado, es una mala práctica judicial que vulnera el más elemental derecho de un detenido: El de ser escuchado por un juez competente y preestablecido en el plazo constitucionalmente establecido, para que se resuelva su situación jurídica, ante un señalamiento de la comisión de un hecho constitutivo de delito. Plazo que el constituyente ha incluido en el catálogo constitucional de los derechos humanos fundamentales, cuya



finalidad es impedir que el Estado, a través de los jueces, utilicen arbitrariamente el poder de juzgar. Pero inconcebiblemente en Guatemala una persona puede esperar hasta meses antes que un juez competente resuelva su situación jurídica.

Prisión preventiva o prisión provisional

La medida cautelar de carácter personal, necesaria para asegurar las resultas del proceso penal, ineludible cuando concurren los requisitos que la ley exige, que son exclusivamente el peligro de fuga y el peligro de obstaculización de la averiguación de la verdad, es denominada por regla general como prisión preventiva por la ley procesal guatemalteca. No obstante, el Artículo 75, que forma parte de la sección primera, del Capítulo II, del Código Procesal Penal, relativo al imputado, utiliza la expresión prisión provisional, cuando indica que, si el imputado no estuviere sujeto a prisión provisional, deberá señalar en la primera oportunidad su residencia y fijar lugar para recibir citaciones y notificaciones, dentro del perímetro de la población sede del tribunal. Esto implica necesariamente que las expresiones prisión preventiva y prisión provisional son sinónimos para la ley.

La coincidencia de los términos analizados se evidencia con algunas definiciones doctrinales que permiten tener más claridad sobre el tema. Para Lorca Navarrete, citado por Carmen Hurtado, la prisión provisional consiste en la privación de libertad del imputado en el acto punible, que no está sujeto aún a una pena, durante la sustanciación del proceso penal, para asegurar la averiguación del delito o la ejecución de la pena que se



le pueda imponer. (Hurtado, La inseguridad ciudadana de la transición española a una sociedad democrática, 1999). Es una medida cautelar, que el Estado en ejercicio del poder de coerción impone en detrimento de la esfera de libertad de los ciudadanos. Esa intromisión debe ser detenidamente evaluada por el poder judicial, porque únicamente debe proceder en los casos establecidos en la ley, porque opera bajo un principio de necesidad procesal, para asegurar las resultas del proceso, ya que se da sin que medie todavía una sentencia penal firme. Esto permite concluir que la prisión provisional o prisión preventiva empieza necesariamente cuando se dicta el auto de procesamiento, y puede durar inclusive, hasta que la sentencia adquiera naturaleza de cosa juzgada.

Por su parte Jacobo López Barja de Quiroa, apunta que la prisión provisional es una medida cautelar acordada por el juez de instrucción durante la instrucción de una causa que consiste en la privación de la libertad de una persona, con la finalidad de asegurar que dicha persona no se sustraerá a la acción de la justicia. Además, agrega que es una medida que al igual que la detención, debe cumplir con las exigencias del principio de proporcionalidad y de legalidad, de donde se infiere que solamente procede en casos muy graves. (López Barja de Quiroa, Instituciones de derecho procesal penal, 2001).



En lo manifestado por la Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana, se puede apreciar el uso indistinto en la doctrina de las expresiones prisión provisional y prisión preventiva. Expresa la citada Escuela que:

De entre todas las medidas de coerción la prisión provisional exige de una atención especial. El análisis de la institución de la prisión preventiva ocupa una posición fundamental en el estudio de todo ordenamiento jurídico procesal penal, lo que viene determinado por su evidente carácter problemático. (Escuela Nacional de la Judicatura, Derecho Procesal Penal, 2006.)

Obsérvese como en un mismo razonamiento, refiriéndose a la misma medida de coerción, se utiliza las expresiones prisión provisional y prisión preventiva.

La prisión provisional en el derecho comparado

Un somero recorrido por el derecho procesal penal de los países latinoamericanos, permite constatar que efectivamente existe identidad entre la prisión preventiva y la prisión provisional, como figuras procesales. La identidad no está basada en el nomen, porque de hecho son distintos, sino en la naturaleza de la institución. La de ser una medida de coerción que se aplica a partir de vincular a una persona a proceso penal, para asegurar que no se sustraerá al proceso, siempre que existan los peligros procesales



de fuga o de obstaculización de la investigación, entre otros requisitos que regulan los sistemas procesales analizados. Por otra parte, se pudo verificar que la expresión utilizada por regla general en códigos como los de Chile, Colombia, Venezuela, Costa Rica, y otros, es la de “prisión preventiva”, por lo que la prisión o detención provisional se está convirtiendo, hasta cierto punto, en un anacronismo en el derecho procesal. Empero, como veremos ut infra, es la expresión utilizada por regla general en los procedimientos de extradición. Los únicos códigos que utilizan la figura de la prisión o detención provisional, además de Guatemala, son los de Panamá y El Salvador.

El código salvadoreño establece en el Artículo 237, que el juez de garantía podrá ordenar la detención provisional de una persona, cuando concurren como requisitos: que el delito imputado tenga señalada pena mínima de cuatro años de prisión y que exista evidencia que acredite el delito y la vinculación del imputado. Por último, hace referencia a los riesgos procesales, porque la detención provisional está determinada además por la posibilidad de fuga y de desatención al proceso, por el peligro de destrucción de pruebas o de que el imputado pueda atentar contra la vida o la salud de otra persona o contra sí mismo. Es interesante el abanico de presupuestos que el juzgador puede evaluar para ordenar la prisión provisional, lo que acrecienta las posibilidades de que se dicte esta medida cautelar de carácter personal. El aspecto positivo que se puede destacar, es que existe un límite prohibitivo por la pena mínima señalada para el delito, puesto que no procede cuando ese límite inferior de la pena es de cuatro años. En Guatemala frecuentemente se dicta prisión preventiva o



provisional para delitos cuya pena máxima no excede de cinco años, a pesar que permite la aplicación de sustitutivos penales.

Por su parte el código de Panamá en el Artículo 291, contiene una figura interesante en el derecho procesal latinoamericano. La figura de la detención por el término de inquirir. Este término empieza a correr desde el momento que el juez dicta la detención, como resultado que el sindicado es puesto a su disposición y dura hasta un máximo de setenta y dos horas. Dentro de ese plazo el juzgador deberá decretar la detención provisional o la libertad del imputado, según proceda, de lo contrario el juzgador incurre en responsabilidad penal. Por otra parte, la ley panameña exige otros requisitos, como la “comprobación” de la existencia de un hecho tipificado como delito, que existan elementos de convicción suficientes para sostener, de manera razonable, que el imputado es con probabilidad autor o participe. Pero además se establece como límite, que el delito tenga señalada una pena superior a los tres años. En caso la pena sea inferior, el juzgador debe tomar en cuenta otros aspectos para decretar la detención provisional: de acuerdo con las circunstancias del hecho, se debe considerar la alarma social que la comisión del hecho haya producido, la frecuencia con la que se cometan hechos análogos, y finalmente, si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar.

El análisis de los códigos procesales de los países latinoamericanos, permite verificar la existencia de una figura procesal relacionada con la cooperación internacional en materia procesal. Esta figura se repite con ciertas variantes en la mayoría de códigos de la región. De esta manera



la ley procesal boliviana contempla la detención provisional para fines de extradición. La ley dispone la detención preventiva por el plazo máximo de seis meses, siempre que se acredite la existencia de una sentencia condenatoria o resolución judicial de detención. Pero se ordena la detención provisional del extraditable por el plazo máximo de noventa días, cuando no se hayan presentado los documentos exigidos para la procedencia de la extradición. Es difícil saber si la figura de la detención preventiva y detención provisional se usan de esa manera por considerarlas figuras procesales distintas, o por el contrario se utilizan en forma indistinta por considerarlas una misma institución procesal.

Por su parte el código de Perú en el Artículo 560, regula la detención provisional con fines de entrega a la Corte Penal Internacional, en cumplimiento de lo establecido por el Artículo 92 del Estatuto de la referida Corte. El juez dicta mandato de detención provisional a solicitud de la Corte, siempre que se cumpla con los requisitos que establece el Estatuto. Dispone la ley que el detenido será puesto en libertad si la fiscalía no hubiese recibido solicitud de entrega y los documentos que correspondan en el plazo de sesenta días contados a partir de la detención. Esta disposición fija un límite improrrogable para la detención provisional. Pero además establece la ley que, ejecutada la detención provisional, el juez de la investigación preparatoria oír a la persona detenida en el plazo de veinticuatro horas y se le designará defensor de oficio sino designa uno de su confianza.



La detención provisional con fines de extradición también está regulada en Guatemala, pero en la ley especial de extradición. El Artículo 14 de la Ley Reguladora del Procedimiento de Extradición, dispone que el Estado interesado debe solicitar a Guatemala por la vía diplomática la detención provisional de la persona contra la cual exista una orden de aprehensión. Esta se debe canalizar, de conformidad con el Artículo 15 de la referida Ley, por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Ministerio Público, quien deberá gestionarla ante la autoridad judicial competente. El caso es que una vez detenida la persona, el Ministerio Público debe solicitar en un plazo que no exceda de dos días que se fije la audiencia para resolver formalmente el pedido de extradición, la que deberá celebrarse en un plazo no menor de diez días ni mayor de quince, contados a partir del requerimiento. Es decir, que es una medida cautelar que está debidamente regulada, con plazos específicos para escuchar a la persona y resolver la extradición activa de conformidad con el pedido correspondiente.

La verdad es que la expresión detención provisional, viene acuñada por la Convención Interamericana sobre Extradición, que la regula expresamente en el Artículo 14, como parte de las medidas cautelares para asegurar a la persona en contra de la cual se formula el pedido. Este instrumento internacional, sin duda, ha contribuido a generalizar la figura de la detención provisional, como medida cautelar propia del procedimiento de extradición en los códigos latinoamericanos. Por ello es natural que exista un afán de diferenciarla de la medida cautelar que asegura al sindicado en los procesos propiamente penales, en los cuales se ha generalizado la expresión prisión preventiva. Figura que, como se ha demostrado, tanto en



la doctrina y en algunos códigos procesales, constituye una misma figura procesal cautelar. Se debe recordar que Guatemala signó la Convención Interamericana sobre Extradición el 25 de febrero de 1981, a pesar que a la fecha no la ha ratificado.

Los formalismos que deben cumplirse en la prisión provisional con fines de extradición, es distinta de los que exige la prisión provisional propia del proceso penal. El mismo objeto o finalidad de una y otra, marca la pauta para conocer la diferencia.

Cristina Rodríguez Yagüe, señala que la prisión provisional en los expedientes de extradición y la prisión en los procesos penales responden a finalidades diferentes. Porque en los procesos de extradición tiene como fin la resolución de una petición de auxilio jurisdiccional de otro país, decretándose a efecto de evitar la fuga de la persona y de garantizar su entrega al Estado requirente, sin realizar en cambio un análisis de culpabilidad del sujeto. (Rodríguez, Los extranjeros en prisión, 2003).

En los procesos de extradición la persona queda detenida para ser entregada a otro país, previo establecimiento de la orden de detención de los tribunales del Estado requirente y la debida fundamentación probatoria de los cargos formulados en su contra para acceder a su entrega. En estos



casos existe *per se* un verdadero peligro de fuga, que la ley la presume como una cuestión de derecho. En el caso de la prisión preventiva en un proceso penal, una persona pasa inmediatamente de la prisión administrativa a la prisión provisional o preventiva, dentro de un plazo razonable que siempre debe estar definido en la ley. Esto es así porque no se puede justificar que una persona quede en forma indefinida en prisión administrativa, lo que constituiría una detención arbitraria por innecesaria, que además no podría estar regulada en ningún código que regule un proceso penal democrático. La prisión provisional en la forma en que se aplica en Guatemala, constituye de hecho una prolongación ilegal y arbitraria de la detención administrativa.

La prisión provisional en Guatemala viola el debido proceso

La prisión provisional, con la modalidad de mala práctica judicial con que se aplica en Guatemala, viola sin duda alguna el debido proceso.

Para Arturo Hoyos, el debido proceso es el derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento o se vean afectados por cualquier sujeto de derechos (incluyendo el Estado) que pretendan hacer uso abusivo de éstos. (Hoyos, El debido proceso, 1996).



Ese conjunto de derechos, no es más que los establecidos en la Constitución, leyes y convenios internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Guatemala, cuya función esencial es limitar el poder del Estado, para evitar abusos o arbitrariedades en contra de las personas cuando son sometidas a proceso. Especial trascendencia adquiere el debido proceso en materia penal, porque está en juego la libertad de las personas, como uno de los derechos fundamentales más importantes y esenciales para el ser humano.

Es de importancia hacer un somero análisis de los derechos que resultan afectados por la aplicación desnaturalizada de la prisión provisional en Guatemala. En primer término, se viola los derechos de libertad y justicia establecidos en el Artículo 2 de la Constitución de la República de Guatemala (En adelante la Constitución), que se erigen como pilares del Estado Constitucional de Derecho, cuya obligación de garantizarlos y hacerlos efectivos corresponde al Estado de Guatemala, obviamente a cargo del Organismo Judicial, a través de cada uno de los jueces. El estado natural de una persona es la libertad, de esta manera lo garantiza la Constitución y solamente puede ser privado de ella, con base a los presupuestos y requisitos establecidos en la Constitución y la ley. Es por ello que privar a una persona con base a un procedimiento no establecido en la ley, viola el derecho a la libertad y el derecho a la justicia. La ley fundamental establece que la situación legal de una persona señalada de la comisión de un delito debe dilucidarse en el plazo constitucional de 24 horas. Cuando un juez, amparado en una falacia legal, extiende arbitrariamente ese plazo, se niega a los guatemaltecos sometidos a esa mala práctica judicial el derecho a la justicia.



El Estado de Guatemala, con fundamento en los convenios internacionales ratificados en materia de derechos humanos, no puede someter a las personas a un trato cruel, inhumano y degradante. Cuando una persona está sometida a prisión o encarcelamiento arbitrario, como ocurre con las personas sujetas a prisión provisional, de conformidad con el Artículo 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (En adelante la Convención), que tutela el derecho a la integridad física y mental, esa persona sufre un trato cruel, inhumano y degradante, en los términos del Artículo 5 de la relacionada Convención. Esta situación lesiona la dignidad de la persona, para cuya protección se configuran los derechos y garantías fundamentales en un estado democrático de derecho.

Por otra parte, se viola el derecho al plazo razonable para ser llevada sin demora ante un funcionario judicial, dispuesto por el Artículo 7.5 de la Convención, para que se resuelva su situación jurídica o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Libertad, que, de acuerdo a la Convención, puede estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia a juicio. Adviértase que la presentación de la persona ante un juez competente, tiene por objeto que se decida si procede de conformidad con la ley se le ponga en libertad, lo que no se agota con la simple presentación física del imputado ante el juez, como puro formalismo legal, lo que ocurre con las personas que quedan detenidas bajo la figura ilegal de la prisión provisional en Guatemala. Esta disposición claramente impide que el plazo razonable de veinticuatro horas establecido en el Artículo 9 de la Constitución, se prolongue ilegal e indefinidamente en el tiempo, dejando a la persona privada de su libertad en un limbo legal donde sus principales derechos son anulados.



Qué derechos del imputado anula la prisión provisional. El derecho a recurrir ante juez o tribunal competente la legalidad del arresto o detención, para que se ordene la libertad si la detención es ilegal, como lo dispone el Artículo 7.6 de la Convención. Esto porque desde el momento que el sistema de justicia, certifica como legal la mala práctica judicial de la prisión provisional, como efectivamente ha ocurrido en Guatemala, cualquier recurso que se intente se vuelve ineficaz, como es el caso de la exhibición personal, bajo el argumento peregrino que la prisión provisional fue ordenada por juez competente. El recurso de apelación (genérica) no procede desde el momento que no existe auto de prisión preventiva. El recurso de apelación, que a nivel del orden jurídico interno es el contemplado en los términos del Artículo 7.7 de la Convención, es restringido de hecho y de derecho. Es sabido por todos, que la Corte Suprema de Justicia, conformada por presidentes de Salas de Apelaciones, certificó lo conducente contra el Procurador de los Derechos Humanos, en un caso que es de conocimiento público, por la condena moral en contra del sistema de justicia por tener detenido ilegalmente a un grupo de personas por más de cien días, sin haber sido escuchados y haberse dilucidado su situación jurídica. En ese caso fueron infructuosas todas las exhibiciones personales presentadas.

El otro derecho vulnerado, que es básico en un Estado democrático de Derecho que privilegia por sobre todas las cosas la libertad de la persona, es la presunción de inocencia, reconocido por la Constitución en el Artículo 14 y el 8.2 de la Convención. La ley presume que una persona es inocente, por lo que su trato debe ser congruente con esa condición



preestablecida, hasta que en sentencia firme se indique fundadamente lo contrario. En virtud de esa presunción de inocencia, es preciso que la persona, como lo dispone el Artículo 8.1 de la Convención, sea escuchada en un plazo razonable con las debidas garantías por juez competente, para establecer si procede vincularla a proceso, con base a la posibilidad que sea responsable de la comisión de un delito, para lo cual la Constitución exige la existencia cierta de indicios razonables. La determinación de los derechos de la persona que es sometida al vejamen de la prisión provisional sin proceso penal, viola el plazo razonable en referencia.

El derecho a la igualdad, que está reconocido en el Artículo 4 de la Constitución y 24 de la Convención, también resulta violentado. Las personas sometidas de manera injusta a prisión provisional sin que medie un auto de prisión preventiva dictado con las formalidades establecidas en la ley, es objeto de un trato diferenciado al resto de procesados, y por lo tanto discriminatorio, que menoscaba su dignidad. Por último, se infringe el derecho a la protección judicial, como lo establece el Artículo 25 de la Convención, por cuanto en Guatemala a la fecha, no existe un recurso rápido y sencillo, que garantice una efectiva protección judicial a las personas en prisión provisional, en virtud que la exhibición personal en la práctica ha resultado ineficaz, contra esa clase de vejámenes.

En resumen, la prisión provisional sin que medie previamente auto de procesamiento y de prisión preventiva, vulnera derechos humanos fundamentales, reconocidos por la Constitución de la República de Guatemala y por tratados internacionales en materia de derechos humanos, como es



el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratado base del sistema regional interamericano de derechos humanos. El Estado de Guatemala tiene responsabilidad internacional por la violación de los derechos fundamentales contenidos en esos tratados, porque desde que los ratifica y entran en vigencia, está obligada a cumplirlos de buena fe (pacta sunt servanda) y se constituye a nivel del derecho interno, en el garante de su tutela y protección. En virtud de esa obligación los jueces tienen el deber de ejercer ex officio y de manera responsable, el control de constitucionalidad y convencionalidad en el ejercicio de sus funciones judiciales.

Consideraciones finales

En la ley procesal penal guatemalteca, la prisión provisional y la prisión preventiva, corresponde a una misma institución jurídica. Es la medida cautelar de carácter personal, que constituye la excepción a la regla general de libertad procesal que debe prevalecer en todo proceso penal, procedente únicamente cuando existe peligro de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad, para asegurar la presencia del procesado. La prisión provisional procede una vez dictado el auto de procesamiento, después de ser escuchada la persona dentro del plazo constitucional de veinticuatro horas.

La mal llamada prisión provisional, bajo la cual se mantiene en prisión ilegal a una persona, comprendida entre la prisión administrativa o policial, hasta que la persona es oída de manera efectiva por juez competente,



excediendo el plazo constitucional de veinticuatro horas, constituye una mala práctica procesal que viola el debido proceso.

La prisión provisional conculca en contra de la persona sometida a la misma, derechos esenciales establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala y en tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado, como: los derechos de libertad, igualdad y justicia, la presunción de inocencia, el plazo razonable para que una autoridad judicial resuelva su situación legal, el derecho a una efectiva protección judicial y el derecho de recurrir la legalidad de la prisión o detención ante la autoridad judicial superior. Además, por ser la prisión provisional una detención ilegal y arbitraria, la persona sometida a esa situación sufre un trato cruel, inhumano y degradante, que lesiona su dignidad.



Referencias bibliográficas

- Bentham, J. Colección de obras. Tomo VIII. (1999). Madrid.
- Código Procesal Penal de El Salvador.
- Código de Procedimiento Penal, Bolivia.
- Código Procesal Penal de Guatemala, Decreto Legislativo 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.
- Código Procesal Penal de Panamá.
- Código Procesal Penal, Perú.
- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Convención Interamericana sobre Extradición.
- Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana. Derecho procesal penal, (2006), República Dominicana.
- Hurtado Martínez, M. La inseguridad ciudadana de la transición española a una sociedad democrática. España, (1977-1989), (2001). España, Universidad de Castilla-La Mancha.
- Hoyos, A. El debido proceso, (1996). Bogotá, Temis.
- López Barja de Quiroa, J., Instituciones de derecho procesal penal, (2001), Mendoza, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Rodríguez Yagüe, C. Los extranjeros en prisión, (2003). Cuenca, España, Universidad de Castilla-La Mancha.





El ácido desoxirribonucleico en la investigación criminal

M.A. Luis Enrique Quiñonez Zeta

1. La prueba del ácido desoxirribonucleico (ADN) en el proceso penal guatemalteco

No cabe duda que el estudio del ácido desoxirribonucleico, conocido con las siglas ADN, ha tenido un impacto relevante en el derecho penal, específicamente en la investigación y resolución de casos concretos.

La aplicación forense de las técnicas de ADN, con el propósito de contribuir al esclarecimiento de conductas punibles, se vincula directamente al medio de investigación y de análisis de la fuente de prueba. Esta circunstancia hace directa relación con los presupuestos que han de concurrir para que dicha actuación pueda ser estimada como legítima, puesto que en la práctica se podrían ver afectados derechos fundamentales de amplio interés para la conducción de un debido proceso.

La verificación de hechos, que es el objeto de la prueba en el derecho penal, tiene como consecuencia la aplicación del derecho, con la finalidad de encontrar una solución al conflicto que se discute.



En la esfera del proceso penal, las partes exponen sus versiones en base a un caso concreto, cada una hace los planteamientos y afirmaciones que considere verdaderas, produciendo de esa manera el contradictorio, en consecuencia, surgen las pautas para el juez, quien, de manera racional y crítica, deberá acercarse a la verdad, y tomar una decisión en el caso.

Entonces, la prueba justifica los hechos alegados, también las circunstancias sobre las cuales debe versar la contradicción, así lo refirió el profesor Wilfredo Valenzuela (2000, 181) cuando indica que “la prueba es la justificación de los hechos alegados, circunstancias que son los únicos objetos de probanza y sobre los que debe versar el contradictorio, para que los acontecimientos históricos, base del proceso, consigan su veracidad, posibilidad o aquella justificación.” En la prueba se concentran datos e información que dan lugar al convencimiento de que un hecho sucedió como se afirma.

Las técnicas de ADN como medio de investigación y en un momento dado como medio de prueba, quedan profundamente vinculadas a la observancia de presupuestos de legitimidad, que inciden especialmente en la licitud o ilicitud, eficacia o ineficacia probatoria. Encontrar a una persona culpable o no culpable, tiene su justificación en la forma en la cual la actividad probatoria se desarrolla dentro del juicio.

La correcta práctica de las técnicas de ADN en investigación, y su correcta incorporación al juicio recibe relevante atención, atendiendo al carácter científico de la técnica. Los elementos de investigación que se reúnen



durante la etapa preparatoria, no tienen valor probatorio para fundar la sentencia, hasta en tanto se incorporan validamente al Juicio. Sin embargo, pese a la trascendencia de la aplicación de estos métodos en la práctica forense, y que dicha práctica implica una notable incidencia en la esfera más próxima al individuo, no se encuentra un marco preciso de regulación normativa en la legislación guatemalteca.

1.1 ADN en la investigación criminal

En el dictamen pericial del veinticinco de mayo de dos mil diez, departamento técnico científico, unidad de laboratorios de criminalística, sección de biología, INACIF, (causa 459-2010 Amatitlán), el perito, en resumen, al ser cuestionado explicó que ADN son las iniciales de ácido desoxirribonucleico. Que es el componente químico primario de los cromosomas; el material del cual están formados los genes. En las bacterias el ADN se encuentra en el citoplasma, mientras que, en organismos más complejos y evolucionados, tales como las plantas, animales y otros organismos multicelulares, la mayoría de ADN reside en el núcleo celular. Su función es dictar las instrucciones para fabricar un ser vivo idéntico a aquel del que proviene.

El especialista explicó que uno de los objetivos del peritaje fue la obtención de los perfiles genéticos de los indicios descritos en el informe. En el caso, (la investigación criminal) se aprovechan propiedades del ADN, tal es el caso de la información codificada, la capacidad de replicación, y la capacidad de mutación. Tales capacidades del ADN se desprenden del hecho que en los seres humanos las moléculas de ADN están constituidas



por dos largas cadenas de nucleótidos que forman una doble hélice, de esta forma se mantienen unidas entre si porque se forman enlaces entre las bases nitrogenadas de ambas cadenas que quedan enfrentadas.

Uno de los puntos de interés, explicaba el especialista, (para la investigación criminal), es la capacidad que tiene el ADN de hacer copias o replicas de su molécula, lo que constituye un proceso fundamental para la transferencia de información genética de generación en generación. La utilización de ADN, (en procesos criminales), es lo que algunos denominan Criminalística Biológica, y que consiste en el estudio de la variabilidad genética humana aplicada a la resolución de casos (procesos criminales), mediante el análisis de vestigios biológicos encontrados en el lugar de los hechos y su comparación con los perfiles genéticos de los posibles implicados, por ejemplo, en casos de violación, agresión sexual, agresión con armas, homicidios, asesinatos, entre otros.

En estos casos se ha partido de muestras biológicas tales como sangre, saliva, semen, líquido amniótico, biopsias, restos óseos, pelo, uñas, u otros restos biológicos presentes en todo tipo de prendas u objetos, tales como cepillos colillas, por ejemplo, inclinándose la búsqueda mediante los indicios encontrados en el lugar del hecho o en el cuerpo de la víctima. Existe, en la actualidad, una falta de regulación legal de este tipo de pruebas, lo que da lugar a una deficiente situación respecto de la utilización de las nuevas técnicas científicas de identificación y reconocimiento genético. Sin embargo, se considera que la Constitución Política de la República refiere en forma general los lineamientos que deben entenderse



al momento de establecer parámetros en la práctica de prueba científica, que en particular pudiese ser aplicable a la prueba de ADN.

1.2 La legislación actual y la práctica de ADN

Como ha quedado escrito, es criterio del autor que, en ausencia de legislación específica sobre los procedimientos de investigación en el caso de la práctica de ADN, se debe observar principios Constitucionales que presentan parámetros respecto a la legalidad en la investigación general y en este caso particular en la investigación y practica de ADN. Claro está, dicha opinión se sustenta, basado en lo que para el efecto consigna el maestro Ferrajoli (1997: 93), cuando describe un sistema de enjuiciamiento criminal, encaminado a brindar un máximo conjunto de garantías bajo los axiomas de:

- A1.- *Nulla poena sine crimine.*
- A2.- *Nullum crimen sine lege.*
- A3.- *Nulla lex (poenalis) sine necessitate.*
- A4.- *Nulla necessitas sine iniuria.*
- A5.- *Nulla iniuria sine actione.*
- A6.- *Nulla actio sine culpa.*
- A7.- *Nulla culpasine iudicio.*
- A8.- *Nullum iudicium sine accusatione.*
- A9.- *Nulla accusatione sine probatione.*
- A10.- *Nulla probatio sine defensione.*



De tal cuenta que dentro de los parámetros que deberán atenderse, al momento de practicar prueba científica de ADN, orientado en los axiomas anteriores, tenemos los siguientes:

- Presupuesto legal (principio de legalidad/ *Nullum crimen sine lege*): toda restricción de un derecho debe estar prevista en una ley, que debe cumplir los requisitos de ser *Lex previa, scripta, certa y stricta*.
- Control judicial (principio de jurisdiccionalidad/*Nulla culpa sine iudicio*): cualquier injerencia en estos derechos estará siempre autorizada por el juez que realiza el control jurisdiccional de la investigación, como juez garante de derechos fundamentales.
- Proporcionalidad (Principio de necesidad/*Nulla lex (poenalis) sine necessitate*): entre la gravedad de la intromisión y la necesidad de tales actuaciones para asegurar la defensa del interés público.
- Verificación (*Nulla accusatio sine probatione*): Toma de muestras, análisis y posterior tratamiento automatizado de los resultados por el personal especializado.

En Guatemala aun no se ha legislado en forma específica sobre cuáles deberían ser los procedimientos, o bien protocolos a través de los cuales se establezca la colaboración (según el derecho que corresponda al contradictorio, defensa o refutación/*Nulla probatio sine defensione*) del acusado en la practica de análisis sanguíneo o bien otro fluido corporal, con la intención de efectuar una comprobación de sus perfiles genéticos con los extraídos de los vestigios encontrados en el escenario del delito.



De esta manera se afirma que existen garantías constitucionales mediante las cuales se exonera al ciudadano, sometido a proceso penal (según el derecho que corresponda al contradictorio, defensa o refutación/*Nulla probatio sine defensione*), de la obligación de colaborar como sujeto de prueba en la investigación en caso concreto, tal argumento se desprende del contenido de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, artículo 32, numeral 2 que indica que: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”; y esté, con interrelación, con el contenido del artículo 29 que indica:

“Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que



puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”

Y del artículo 12, 14, 16, y 44 de la Constitución Política de la Republica, y que en este caso la postura referida gira en torno a los axiomas antes escritos.

El vacío legislativo de los procedimientos y protocolos en la práctica de ADN en la investigación criminal, ha generado arbitrariedades en detrimento de ciudadanos sometidos a proceso penal, tal es el caso en la carpeta judicial 248-2009, oficial 3o.- Juzgado de Primera Instancia Penal Narcoactividad y delitos contra el ambiente de Antigua Guatemala, en la cual se indicó que el acusado *“podría ser compelido mediante la advertencia de las consecuencias sancionatorias que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de esta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes”*.

En este sentido es necesario precisar que incluso cualquier ley expresa que conmine al ciudadano de ofrecer al Estado la información genética obtenida mediante análisis de ADN, es siempre necesario contar con el previo consentimiento del interesado en cada caso. También, deberá quedar claramente establecido en cada caso concreto, y en cada situación determinada, las muestras extraídas no podrán ser utilizadas con fines distintos de los que fueron autorizados, o para los que se consintió su obtención.



Cualquier muestra obtenida sin tener en cuenta los requisitos y garantía establecidos para ello, vulnerándose algunos de los derechos y libertades fundamentales recogidos en la Constitución deberá considerarse ilícita, y en consecuencia, la prueba será catalogada como ilícita y nula de pleno derecho, según la normativa a la que se hizo referencia en el apartado correspondiente, y como se ha indicado en la carpeta judicial 56-2007 Sala Novena de la Corte de Apelaciones Antigua Guatemala, al referirse que *“No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*.

Por todo ello, cuando se practique una intervención corporal sobre un individuo con la intención de extraerle una muestra biológica para un análisis posterior de ADN se hace necesario, como consecuencia de un sistema procesal penal revestido de un conjunto de garantías que nuestra constitución nos impone, que todo ello se realice cumpliendo todos y cada uno de los requisitos expuestos.

1.3 ADN como medio de prueba

Entre las discusiones que se llevan a cabo en los diferentes órganos jurisdiccionales de Guatemala, existe el referente a considerar si la intervención corporal mediante la extracción de fluidos en el cuerpo del sindicado de un delito afecta la intimidad corporal, o en todo caso el derecho a la intimidad personal. Dichas discusiones son trascendentales, puesto que su inclinación por alguna de estas afirmaciones repercute en la validez o invalidez de la prueba; o en la legitimidad o ilegitimidad de la prueba.



Teniendo esto en cuenta, es necesario anotar que la prueba en un sentido amplio, consiste en establecer un hecho que se cree verdadero y que se presume es el motivo de la verdad para alcanzar la existencia o inexistencia de otro hecho. Esta afirmación se estaría ligando a la práctica de ADN, la cual, sin duda, se incorpora al proceso penal como un medio de prueba de tipo pericial, dado el caso, que en su práctica son necesarios conocimientos científicos y técnicos muy específicos, y a la vez unos medios materiales que no cualquier persona está en disposición de ofrecer.

La prueba de ADN construye grandes expectativas en cuanto a la capacidad de confirmar o negar las hipótesis o afirmaciones que se han planteado en relación al hecho objeto de prueba. Esperando de esa manera que con la prueba se justifique la verdad de los hechos controvertidos dentro del juicio, en donde todas las partes realizan sus argumentos y junto a ellos la prueba con la cual se pretenden demostrar, y que en este caso tiene la posibilidad de presentar una fuerte carga científica.

En este sentido es necesario atender que, para la práctica de ADN, se debe tomar en cuenta que las normas jurídicas supeditan la producción de sus efectos a la existencia de una determinada situación, de un hecho, señalado como delito y de las circunstancias en las que pudo ser cometido, como lo establece el artículo 5 del Código Procesal Penal. De esto resulta, que la parte que sostiene la existencia de un hecho al que atribuye alguna consecuencia jurídica, debe sobre todo alegar la coincidencia de ese hecho, y debe acompañar un presupuesto fáctico de la norma o normas a invocar que puedan apoyar su postura, por esa razón la práctica de ADN



para su pertinencia, está ligada, como se indicó, al cumplimiento de las expectativas que la ciencia le merece, y que como afirma De Santo Víctor (1994:13-14), queda ligada a "... la producción del convencimiento psicológico del órgano judicial, sobre este último extremo la finalidad a la cual en definitiva tiende la actividad probatoria".

Una de las características de la prueba es que el objeto de prueba en un determinado proceso, pueda ser admitido como tal, por lo que es necesario que sea pertinente y útil, como lo indica el artículo 183 del Código Procesal Penal, esto significa que lo pertinente de un objeto de prueba en el proceso, debe tener cierta relación con el tema o sea el hecho que se inculpa, debe existir un nexo entre ambos, ya sea directa o indirectamente, sobre todo que sea sugestivo para lo que se pretende demostrar, ya que se debe justificar la utilidad que tendrá dicha prueba en el desarrollo de tal procedimiento.

Pero esta cuestión no es tan sencilla, porque en la práctica de ADN resulta insuficiente, lo referente a las peritaciones y peritaciones especiales que se regula del artículo 225 al 243 del Código Procesal Penal, en el cual se carece de regulación y protocolos en lo que respecta a intervenciones corporales. Por eso se hace necesaria una regulación específica en materia de análisis de ADN, por la particular incidencia en la relación de derechos fundamentales.



1.4 Finalidad de la prueba y práctica de ADN en el proceso penal guatemalteco

Cabe destacar la singular preocupación con que se ha abordado en el plano internacional el tema de los análisis de ADN. Tanto el convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina (1997) del Consejo de Europa, como la Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997), hacen constante referencia, en la parte normativa e incluso en el preámbulo, a la dignidad humana como límite infranqueable en las prácticas que recaen sobre el material genético. Dicho argumento es de gran relevancia en la actividad probatoria, y en el caso del derecho penal radica su importancia, en la buena, justa y correcta marcha del proceso.

El hecho de una sentencia absolutoria o condenatoria, podría tener, según el caso, sustento en una investigación que incluya práctica de ADN, que contribuya a una debida actividad probatoria. La prueba, consiste en recabar todos aquellos datos que lleven al convencimiento, certeza y seguridad de que un hecho sucedió como lo afirman las partes, contribución científica que puede abordarse mediante la práctica de ADN.

En el derecho penal recabar los medios de prueba le corresponde al Ministerio Público, quien conforme al Código Procesal Penal en el artículo 107, tiene el ejercicio de la acción penal pública, como un órgano auxiliar de la administración de justicia, teniendo a su cargo el procedimiento preparatorio, así también la dirección de la Policía Nacional Civil en la función investigativa del proceso penal.

Esa veracidad de la prueba, así como su eficacia y pertinencia dependen de la función investigativa que realice el Ministerio Público a través de sus fiscales, quienes tendrán que recabar toda la evidencia que sirva, en este caso, las que consiga en forma propia, pero también, con acuerdo al artículo 315 del Código Procesal Penal, las propuestas por las demás partes.

Como lo indica Binder (1993:214) “La investigación es una actividad eminentemente creativa; se trata de superar un estado de incertidumbre mediante la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar la información que acabe con esta incertidumbre”, por eso se sostiene que con la prueba, en determinados casos, de ADN se estaría en capacidad, según la posición adoptada, de confirmar o de negar un planteamiento, y de esa manera se pretende que los jueces lleguen a un convencimiento fundado de la forma en que sucedieron determinados hechos.

De conformidad con el artículo 181 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público y los tribunales son los que tienen el deber de procurar, por sí, la averiguación de la verdad a través de los medios de prueba que son permitidos por la ley. Para determinados casos, la práctica de ADN genera expectativas para la correcta solución del litigio. Concretar esfuerzos dirigidos a poder comprobar la verdad respecto a un determinado hecho, solo es posible cuando la práctica de ADN se vislumbra bajo el argumento de la dignidad humana como límite infranqueable en las prácticas que recaen sobre el material genético.



1.5 Fundamento

El artículo 181 del Código Procesal Penal, establece: Objetividad. “Salvo que la ley penal disponga lo contrario, el Ministerio Público y los tribunales tienen el deber de procurar, por si, la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos y de cumplir estrictamente con los preceptos de este Código. Durante el juicio, los tribunales solo podrán proceder de oficio a la incorporación de prueba no ofrecida por las partes, en las oportunidades y bajo las condiciones que fija la ley”.

Con la prueba lo que se pretende es recabar todos aquellos datos que lleven al convencimiento, de que el acontecimiento o hecho sucedió de una determinada manera, y la participación de una persona como responsable. Como se ha sostenido en el caso de la practica de ADN, se hace más que obvio que por el carácter sensible del material que se maneja, la posibilidad de obtener la más privada información a partir de dicho material, las repercusiones que la manipulación puede tener sobre la salud y el código genético del individuo y otras, que incluso, pueden resultar todavía desconocidos en la actualidad, permiten poner de relieve la



existencia de auténticos peligros cuando se plantea el tema de la genética. Además, como ya se ha indicado, en la legislación penal guatemalteca se carece de legislación adecuada respecto al tema.

Se considera necesario enfatizar que en nuestro país se carece de legislación adecuada sobre la práctica de ADN en la investigación criminal, y su necesidad deviene del carácter restrictivo de derechos fundamentales, puesto que con esta medida de investigación se incide en la esfera de los derechos fundamentales, de intimidad corporal o bien intimidad personal.

1.6 Los actos jurisdiccionales en el proceso penal guatemalteco

Atendiendo a la normativa que se ha relacionado, las pruebas como actos jurídico procesales, no son simplemente actos procesales que desarrolla el juez, sino que se consideran como actos procesales de las partes, ya que son al mismo tiempo un campo de actividad que desarrolla tanto el juez y las demás partes, quienes formulan los requerimientos necesarios que coadyuven a la averiguación de la verdad.

Sin embargo, cada uno tiene un papel distinto, el juez controla una investigación, y al mismo tiempo, le da dirección conforme a las decisiones que se tomen, en base a los requerimientos que formulen las demás partes procesales. De esa forma se debe tomar en cuenta que hay actividades



que se concretan en actos de terceros, quienes en un momento participan en el proceso penal precisamente con el fin de poder suministrar material probatorio, narran y refieren algún acto procesal penal; por esta razón en el estudio de las pruebas y los actos procesales aparece una triple categoría de dichos actos procesales, considerados desde el punto de vista de su origen, como actos propiamente del Juez, de las partes y de los terceros, lo que excluye como objeto de prueba al propio sindicado.

En consecuencia, no cabe duda que actualmente hay una manifestación del presupuesto de legalidad conforme al cual toda medida o diligencia aplicada al objeto de esclarecer e investigar un hecho punible, que suponga una restricción o limitación de los derechos fundamentales del individuo, ha de encontrarse legalmente prevista.

En el artículo 203 de La Constitución Política de la República de Guatemala se establece la independencia del Organismo Judicial y la potestad exclusiva para poder juzgar, asimismo da plena garantía de la independencia de los magistrados y los jueces quienes están únicamente sujetos a la misma Constitución y a las demás leyes del país, salvo tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno, y se resalta que ninguna autoridad podrá intervenir en la administración de justicia.

De esa forma los jueces en su papel de órganos contralores de la investigación que efectúa el Ministerio Público, están encargados de tramitar y resolver el procedimiento preparatorio e intermedio, los requerimientos



y planteamientos que realicen las partes procesales, ya que por mandato legal no pueden suspender, retardar ni denegar la administración de la justicia, según lo establece el artículo 15 del decreto número 2-89 del Congreso de la Republica de Guatemala, Ley del Organismo Judicial: Obligación de resolver. “Los jueces no pueden suspender, retardar ni denegar la administración de justicia”.

El artículo 68 de la Ley del Organismo Judicial establece: Obligaciones personales de los jueces. “Los jueces recibirán por si todas las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba. ... Los jueces están obligados a leer y estudiar las actuaciones por si mismo y son responsables de los daños que causen por omisión, ignorancia o negligencia”.

Por lo tanto la previsión legal de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales entran dentro de la esfera del control de los jueces de garantía, quienes deberán de observar los presupuesto de legalidad y proporcionalidad, como exigencia de seguridad jurídica, y una garantía política que el ciudadano no podrá verse sometido por el Estado en el ejercicio del *ius puniendi* a restricción de derecho que no hayan sido admitidas, que no sean legítimas como consecuencia del Estado Democrático de Derecho.

El ordenamiento jurídico Guatemalteco no se ocupa de las intervenciones corporales, no se encuentra legislación adecuada sobre la aplicación de las técnicas de ADN en el proceso penal, como consecuencia consideramos que a pesar del principio de libertad de prueba que establece el artículo 182 del Código Procesal Penal, la falta de regulación sobre la practica de ADN en el proceso penal, no puede ser suplida por orden judicial, en ausencia



del presupuesto de legalidad, menos cuando no exista consentimiento del sindicado para someterse a la intervención corporal para practica de ADN.

En consecuencia, de lo desarrollado en el presente artículo se concluye que: en Guatemala la práctica de ADN en la investigación criminal no se encuentra legislada, lo que tiene como resultado la ausencia de procedimientos y protocolos para la obtención de fluidos del sindicado de un hecho delictivo.

En la práctica de obtención de fluidos del Sindicado de un hecho delictivo se deberá observar el principio de legalidad, como también el principio de proporcionalidad, pero esencialmente su consentimiento.

Ante la ausencia de consentimiento, por parte del sindicado de un hecho delictivo, para la obtención de fluido corporal de su persona en la investigación criminal, cualquier forma de coerción conlleva a la ilicitud de la prueba.



Referencias bibliográficas

- Binder M., Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Av. Córdoba 1377, 1055. Buenos Aires, Argentina. Edición Ad-Hoc S.R.L., 1993.
- De Santo, Víctor. La Prueba Judicial. 2º. Edición, Buenos Aires, Argentina. Editorial Universitaria, 1994.
- Echandia, Devis. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II.
- Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. 2º. Edición, Madrid 1997. Editorial (no legible) S.A.
- García R., Sergio. Derecho Procesal Penal. Av. Argentina 15, México 1, D.F. Editorial S.A., 1974.
- Valenzuela O., Wilfredo. El Nuevo Proceso Penal. Editorial Oscar de León Palacios, 2000.

Leyes consultadas

- Constitución Política de la Republica de Guatemala de 1985
- Decreto 17-73 del Congreso de La Republica, Código penal guatemalteco.
- Decreto 51-92 del Congreso de la Republica, Código Procesal penal guatemalteco.
- Decreto 40-94 del Congreso de la Republica, Ley del Organismo Judicial





El litigio estratégico y la función del defensor público

*Lic. Federico Augusto Ruata Cardona**

Los defensores públicos realizan una labor perfectamente delimitada por la Ley del Servicio Público de Defensa Penal, Decreto 129-97 del Congreso de la República de Guatemala, la cual se resume claramente en el Artículo 4 de tal cuerpo legal en los términos siguientes:

“El servicio público de defensa penal tiene competencia para:

1. Intervenir en la representación de las personas de escasos recursos económicos sometidas a proceso penal, a partir de cualquier sindicación que las señale como posibles autores de un hecho punible o de participar en él, incluso, ante las autoridades de la persecución penal.
2. Asistir a cualquier persona de escasos recursos que solicite asesoría jurídica cuando ésta considere que pudiera estar sindicada en un procedimiento penal.
3. Intervenir, a través de los defensores de oficio, cuando la persona no tuviere o, no nombrare defensor de confianza, en las formas que establece la ley.”

*Fe de erratas**. En la 1ra. Edición de la Revista 13, aparece como autor del artículo, Fernando Girón Casiano, lo cual es errado, pues el mismo fue elaborado por el Lic. Federico Augusto Ruata Cardona.



La actividad de los profesionales del derecho que pertenecen al Instituto de la Defensa Pública Penal debe regirse conforme a los principios siguientes:

Independencia técnica: Los defensores públicos gozan de independencia técnica, sin ninguna clase de restricción, influencia o presión. El defensor podrá intercambiar opiniones técnicas en el ámbito del Instituto de la Defensa Pública Penal, y recibir instrucciones y sugerencias para una defensa eficaz. Ello significa que de acuerdo a sus conocimientos y experiencia puede actuar libremente en su defensa, desde luego con estrategias apegadas a derecho, estudio y análisis responsable de los procesos y mucha responsabilidad.

Confidencialidad: Se garantiza una fluida y reservada comunicación entre el defensor público y su representado. En la actividad que desempeñen los defensores públicos, evitarán cualquier conflicto de interés y violación del secreto profesional garantizando con ello a sus defendidos sus intereses personales.

Comunicación: Los defensores públicos tienen derecho a comunicar información relacionada de sus actividades profesionales, siempre que no perjudiquen a su defendido ni a las funciones del Instituto de la Defensa Pública Penal, conforme se establezca en el reglamento.

Respeto debido: En el ejercicio de su cargo, al defensor público se le debe el mismo respeto que a los demás sujetos procesales. Los jueces, fiscales,



policías y otras instituciones, deberán prestarles a los defensores públicos, la colaboración necesaria para el buen desempeño de sus funciones a las defensas que les sean asignadas. No podrá identificarse a los defensores con los casos que patrocinan. Es muy importante que, en caso necesario, el mismo abogado defensor exija se le respete para su efectiva labor.

Deber esencial: El defensor público deberá desempeñarse en forma eficiente y eficaz, con lealtad a su representado y atendiendo la realidad pluricultural. Deberá mantener personalmente informado al representado sobre las circunstancias de su proceso. Para el ejercicio de su cargo se guiará por los deberes éticos profesionales, bajo ninguna circunstancia debe menospreciarlo por su condición, raza o creencia religiosa.

Obligaciones: Los defensores públicos deben respetar las normas legales y reglamentarias del Instituto de la Defensa Pública Penal, además de las siguientes:

- Prestar la debida asistencia jurídica y trato respetuoso a sus patrocinados; indicar a los sindicados todas y cada una de las circunstancias que puedan darse en el trámite de su proceso, así como los posibles resultados del mismo dirigiéndose a ellos de la mejor manera posible y explicándoles de forma sencilla para que puedan comprender.
- Comportarse de manera decorosa durante el desempeño de sus funciones, cuidar su presentación personal, vocabulario y trato respetuoso al defendido, sin menospreciarlo ni discriminarlo por ningún motivo.



Relaciones entre el defensor público y su representado: El defensor público atenderá las indicaciones de su defendido, pero mantendrá su independencia técnica para la solución del caso penal que resulte más beneficiosa para el imputado. Ello, no obstante, se garantiza el ejercicio de la defensa técnica en todas las instancias, asegurando la adecuada representación requerida por el imputado en el caso concreto. El defensor no podrá obligar al representado a la elección de alternativas o procedimientos que dependan de su voluntad, en todo caso deberá explicarle si lo requiere las razones por las cuales se toman determinados procedimientos y hacerle ver los resultados obtenidos por su actuar en determinada manera.

Representación: La asignación que recaiga en un defensor público sobre un caso penal, torna obligatoria su gestión en el mismo, salvo que acredite fehacientemente hallarse o encontrarse en las circunstancias siguientes:

- 1) Impedimento físico o psíquico que afecte su capacidad de trabajo y no pueda hacerse cargo del caso;
- 2) Ser mayor de 65 años de edad;
- 3) Interés contrapuesto o incompatibilidad insuperable con el necesitado de asistencia;
- 4) La representación que pueda crear conflicto de interés en los términos que establece el artículo 95 del Código Procesal Penal, debe ser rechazada por los abogados que se desempeñen como defensores públicos, como garantía de la independencia y lealtad de la defensa técnica; esto, porque sería imposible defender intereses contrarios.



- 5) No ejercer la abogacía; fuera de la institución por prestar su servicio dentro del tiempo u horario en que ha sido contratado o nombrado y,
- 6) Ejercer cargo o función pública. Siempre que lo acepte el defendido, no se le puede imponer ni insistir, el designado podrá contratar con libertad y a su costa a otro abogado colegiado, para que coadyuve o lo sustituya en la defensa.

La defensa común de varios imputados en un mismo procedimiento por un defensor de planta o de oficio es, en principio, inadmisibles, salvo cuando no exista contradicción de intereses entre los procesados. En todos los casos, el director y los coordinadores departamentales resolverán, en definitiva. Pero hasta tanto, comenzará a actuar provisionalmente el defensor público asignado para cubrir la urgencia. En nuestro medio por la cantidad de personas que se capturan por la Policía Nacional Civil en los diversos operativos y la escasez de abogados defensores se llega a defender hasta diez procesados por un solo abogado. La persona asistida sólo puede solicitar la sustitución del defensor designado argumentando:

- Manifiesta falta de idoneidad para atender el caso;
- Grave negligencia o descuido, en la prestación del servicio; y,
- Interés contrapuesto con el defensor designado.

Continuidad: En lo posible, el mismo defensor público realizará su función en el proceso hasta la sentencia que cause estado, hasta donde sea posible ya que por la escasez de abogados también se cambian a los abogados según las necesidades por la cantidad de procesados, agotando las vías



impugnativas procedentes, todo ello sin perjuicio de las decisiones que al respecto pueda dictar el Director General. Para la etapa de ejecución, se asignará el caso a un defensor público de planta, o de oficio si fuere necesario, especializado en la materia. El Director General puede asignar defensores públicos especiales para asesorar en procesos o etapas específicas al abogado principal, quién en principio, tendrá la responsabilidad del mismo hasta su finalización.

El objetivo de este artículo es explicar brevemente estos principios desarrollándolos textualmente, los cuales están regulados en los artículos 25 al 33 de la Ley del Servicio Público de Defensa Penal, con el fin de vincular la función del Abogado Defensor Público con el litigio estratégico el cual se definirá en lo sucesivo y que el punto medular de estas cuartillas.

Litigio estratégico

De acuerdo con Margarita Luna Ramos en un artículo en línea del periódico El Universal, de la República de México, publicado el 19 de abril de 2016, el litigio estratégico se ha definido como: “una herramienta para que a partir de un caso común y corriente, una simple pretensión, una *litis* cotidiana, pueda convertirse en un caso ideal para transformar el derecho...” (Luna Ramos, 2016)

De aquí se comprende perfectamente que, con el litigio estratégico como herramienta, se superan o rebasan los intereses de los clientes o de las personas representadas por sus abogados a tal punto de provocar una transformación que impacte el ejercicio del derecho y al derecho mismo.



A decir de Marta Villareal: “litigar es una de las actividades que mayormente identifican al abogado. Hacerlo con inteligencia, cuidado y audacia es lo que diferencia a un practicante común de un buen litigante, pero un buen litigante, para llegar a ser litigante estratégico, requiere poner al servicio del interés público todas sus destrezas. El litigio estratégico es la herramienta de pericia de los abogados con la cual contribuyen al desarrollo del Derecho de Interés Público; es aquel que se realiza con el claro objetivo de contribuir al cambio social. Ingenio, compromiso y conocimiento, podríamos asegurar, se encuentran en cada actividad de litigio estratégico. Un caso común y corriente, una simple pretensión, una *litis* cotidiana, puede, para un abogado estratégico, convertirse en el caso ideal para transformar el Derecho. El profesional del litigio estratégico torna un simple caso en un traje a la medida del interés público, con efectos superiores.” (El litigio estratégico, 2007)

El punto anterior deriva en varias ideas que se deben tomar en cuenta en el ejercicio de la defensa pública, y que un abogado defensor público audaz debe considerar en el ejercicio de su función, no solo para el mejor interés de su defendido, sino además para la transformación del derecho y un ejercicio más certero de la idea de la equidad y de la justicia.



De acuerdo con Villareal (2007) el litigio estratégico tiene varias denominaciones entre ellas, litigio paradigmático, litigio de interés público o de las causas justas, o litigio de impacto. Todos los nominativos antes descritos refieren la idea de la transformación del derecho más allá de los intereses de una persona en particular a la que se esté defendiendo o representando, es decir, se observa la premisa de la prevalencia del interés general sobre el particular.

Entonces es necesario plantearse la interrogante siguiente: ¿Cómo puede un abogado defensor público practicar el litigio estratégico? ¿Cómo desde la palestra de la defensa pública penal, se puede transformar el ejercicio de derecho y al derecho mismo?

Bajo el abrigo de las ideas plasmadas respecto de qué es el litigio estratégico, es razonable considerar cómo cualquier caso en que se ejerza la defensa penal, puede ser útil para el tema del litigio estratégico.

Ahora bien, fuera de una seria argumentación en favor de los derechos humanos, realizando un adecuado control de la constitucionalidad y de la convencionalidad de las leyes en cada caso concreto (esperando que los jueces ejerzan un control difuso en el mejor de los casos), la principal herramienta con la que cuenta el defensor público es la vía recursiva, en especial con el objetivo de sentar jurisprudencia a nivel del proceso constitucional de amparo, o bien, con las acciones de inconstitucionalidad de carácter general, con vicio parcial o vicio total de una ley, reglamento, o disposición de carácter general.



En este artículo no se pretenden explicar las vías recursivas específicas, pero si la idea de plantear posibles situaciones en las que se pueda litigar estratégicamente, sobre la base de la defensa penal de cualquiera de los usuarios del Instituto de la Defensa Pública Penal.

Así por ejemplo en el caso del contenido del Artículo 29 inciso d) de la Ley Orgánica del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala, Decreto Número 32-2006 del Congreso de la República de Guatemala, el cual regula:

“Artículo 29. Servicio Forense. El INACIF suministrará sus servicios a requerimiento o solicitud de:

- a) Los jueces o tribunales competentes en materia penal;
- b) Los auxiliares y agentes fiscales del Ministerio Público;
- c) Los jueces competentes de otras ramas de la administración de justicia;
- d) El Instituto de la Defensa Pública Penal, la defensa técnica privada y las partes procesales en el ramo penal, por medio del Ministerio Público o el Órgano Jurisdiccional Competente;
- e) La Policía Nacional Civil en el desarrollo de investigaciones preliminares en casos urgentes, dando cuenta inmediatamente al Ministerio Público quien también deberá recibir el resultado de las mismas para dirigir la investigación correspondiente. Por ningún motivo podrá la Policía Nacional Civil, solicitar en forma directa informes o peritajes sobre evidencias obtenidas en allanamientos, aprehensiones, detenciones o secuestros judiciales; y,



- f) Las personas o entidades a quienes se les encomiende la investigación en los procedimientos especiales de averiguación.”

Como se puede comprender de la lectura del Artículo 29 antecedente, el Ministerio Público y los jueces pueden requerir directamente al INACIF, que les preste un servicio, sin embargo los defensores públicos y privados de acuerdo al inciso d) deben requerir los servicios de esa institución por medio de una solicitud dirigida al ente fiscal o al órgano jurisdiccional que autorice lo que se solicita, por lo que *a priori*, se avista una posible disminución, tergiversación o cuarteamiento del derecho de defensa, y del principio de igualdad procesal, toda vez que es posible que la autoridad a la que se le requiera una actividad del INACIF, en un caso concreto rechace la solicitud y con el mero hecho de no poder solicitar directamente la práctica de alguna pericia a tal entidad, existe una diferencia importante en la igualdad de armas dentro del proceso penal.

Por lo anterior con algunas solicitudes realizadas directamente al INACIF, y con una vía recursiva efectiva, en amparo, o en inconstitucionalidad de la ley al caso concreto, o de carácter general, se pueda transformar tal circunstancia en beneficio de la igualdad procesal o del derecho de defensa ya que de lo contrario no realizan la mismas.

Para ilustrar otra posible situación de litigio estratégico, el Artículo 314 del Código Procesal Penal regula la figura procesal de la reserva de las actuaciones, ordenada o dispuesta por el Ministerio Público, en muchas ocasiones cuando se ordena la reserva precitada ni al defensor le muestran



el expediente y las actuaciones so pretexto de la mencionada reserva, lo cual vulnera el Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala en su último párrafo el cual establece: “El detenido, el ofendido, el Ministerio Público y los abogados que hayan sido designados por los interesados, en forma verbal o escrita, tienen derecho de conocer personalmente, todas las actuaciones, documentos y diligencias penales, sin reserva alguna y en forma inmediata.” Extremo que muchas veces no se cumple porque el Ministerio Público, se apropia de las actuaciones y no las muestra, no obstante existir orden del juez y regularse debidamente en la Ley, con mayor frecuencia en los casos de procesos de Mayor riesgo.

Es decir que, ante la negativa de mostrarle las actuaciones a los abogados defensores, es viable la vía recursiva incluso para que tal figura legal sea re interpretada vía jurisprudencial, para que siempre les muestren las actuaciones a los abogados defensores amén de la reserva decretada. El inconveniente de esto es que retarda los procesos e incumple con la justicia pronta y cumplida, violándose también el derecho de defensa.

Por otra parte, en cuanto al procedimiento para delitos menos graves regulado en el Artículo 465 Ter., del Código Procesal Penal, al igual que en el proceso penal adolescentes en conflicto con la ley penal, el mismo juez que realiza el control de la etapa preparatoria, que preside el procedimiento intermedio y que admite y rechaza la prueba que se utilizará en el debate, es precisamente quien juzgará la causa en audiencia oral, lo cual implica un retroceso dentro del sistema acusatorio de justicia penal, y merma el derecho a un juez imparcial, otra temática que puede ser discutida vía



control de convencionalidad o control de constitucionalidad y con un litigio estratégico se pueden modificar tal circunstancia jurisprudencialmente por medio del proceso constitucional de amparo, o bien, a través de la inconstitucionalidad de la ley al caso concreto, o planteada con carácter de inconstitucionalidad de carácter general, teniendo en cuenta que, en presente procedimiento penal el juez llega al debate o juicio, sin tener conocimiento en lo absoluto de las causas que lo originan.

Todo lo escrito hasta este momento, tiene por objeto solamente proponer algunas ideas de litigio estratégico, para la aplicación justa y pronta de la ley de lo cual el Instituto de la Defensa Pública Penal no ha sido ajeno,

Es de gran importancia mencionar a los defensores públicos que deben considerar acerca de la diferencia que puede marcar su trabajo profesional si se aplica en los diversos casos, el pensamiento de un litigio estratégico que obligue mejorar el Estado de derecho, el respeto a los derechos humanos, la legislación y la práctica forense, así como el sistema de justicia penal en general.



Referencias bibliográficas

- Luna Ramos, M. (19 de abril de 2016). ¿Qué es el litigio estratégico? *El Universal*.
- Villareal, M. (2007). El litigio estratégico. En O. e. Humanos, *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico* (pág. 18). México: Sin editorial.
- <http://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/articulo/margarita-luna-ramos/nacion/2016/04/19/que-es-el-litigio-estrategico> (Consultado en septiembre de 2018).

Legislación

- Asamblea Nacional Constituyente de 1985. Constitución Política de la República de Guatemala.
- Congreso de la República de Guatemala. Código Procesal Penal, Decreto 51-92 y sus reformas.
- Congreso de la República de Guatemala. Ley del Servicio Público de Defensa Penal, Decreto 129-97 y sus reformas.





Cuestiones constitucionales desde la teoría de género

Dra. Gloria Edith Ochoa

Al citar el principio jurídico de Derecho de Defensa se hace referencia a la constitucionalización del Derecho con el quehacer diario. En efecto, es claro que el quehacer diario contribuye a que ninguna norma de rango inferior puede contradecir las normas constitucionales, según lo establecen la lógica jurídica y el artículo 44 de la Constitución. En consecuencia, la constitucionalización del Derecho consiste en que ninguna norma puede contradecir la Constitución ya que esta da validez de todo el sistema normativo. La Constitución consagra derechos y principios constitucionales en forma categórica, lo cierto es que, necesariamente, tales derechos y principios deben ser hasta cierto punto flexibles con el fin de que, en aras del principio de igualdad determinados hechos y/o situaciones que no están previstas tengan el alcance del principio. Cada uno sacrifica un poco de un determinado derecho para poder recibir un poco de otro derecho.

En ese sentido Javier Tamayo Jaramillo¹ opina que los principios constitucionales solo son exigibles cuando su garantía sea jurídica y fácticamente posible. 123456

¹ Tamayo Jaramillo Javier 12.5.2017, Por una Definición Exacta de Constitucionalización del Derecho, www.ambitojuridico.com



Es inconstitucional si la flexibilización de los principios es excesiva o si, simplemente, elimina un principio constitucional.

Derivado de ello se encuentra que los principios sobre los que se funda el modelo penal garantista clásico ha evolucionado entre ellos se podría citar el de estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes, la presunción de inocencia, los cuales en gran parte son, como es sabido, el fruto de la tradición jurídica. Así mismo a la fecha y desde el siglo XVIII, han evolucionado las doctrinas de los derechos naturales, la filosofía racionalista del Derecho Penal, la supremacía de la ley, el positivismo jurídico y las concepciones utilitaristas del derecho y de la pena... y aunque no son homogéneos entre sí, tampoco son unívocamente liberales.

Por ejemplo, las doctrinas de la Escuela Clásica italiana de Beccaria a Carrara, tienen una concepción de la pena como mínima afflictión necesaria; en la actualidad nuestros registros reflejan penas máximas de prisión, visibilizado la política criminal anti garantista si tenemos en cuenta el colapso en que se encuentra el proceso de rehabilitación, reinserción y reeducación en el Sistema Penitenciario, la respuesta que encontramos a la excesiva punibilidad es que apunta a la prevención de la defensa social de aquellas personas, en este caso mujeres consideradas como indeseables con el fin de asegurar máxima seguridad posible utilizando la teoría del Derecho Penal del enemigo.

Y, sin embargo, en relación a este tema María Paulina Araujo Granda escribe que más allá de la heterogeneidad y de la ambivalencia fácticos de los presupuestos teóricos y filosóficos es cierto que los principios



mencionados, tal y como se han consolidado en las constituciones y las codificaciones modernas, forman en su conjunto un sistema coherente y unitario. Por ejemplo, el convencionalismo penal, tal y como resulta del principio de estricta legalidad en la determinación abstracta de lo que es punible. Este principio exige dos condiciones: el carácter formal o legal del criterio de definición de la desviación y el carácter fáctico de las hipótesis de desviación legalmente definidas. La desviación punible, según la primera condición, no es la que por características es reconocida en cada ocasión como inmoral, como naturalmente anormal o como socialmente lesiva o similares. Es más bien la formalmente indicada por la ley como presupuesto necesario de la aplicación de una pena, según la clásica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*.

Por otra parte, conforme a la segunda condición, la definición legal de la desviación se debe producir no con referencia a figuras subjetivas de status o de autor, sino sólo la primera condición equivale al principio de la reserva de ley en materia penal y del consiguiente sometimiento del juez a la ley: conforme a ella, el juez no puede calificar como delitos todos aquellos actos que considera inmorales o, en todo caso, merecedores de sanción, sino sólo los que, con independencia de sus valoraciones, vienen formalmente designados por la ley como presupuestos de una pena,² lo que configura el comportamiento, según la clásica *nulla poena sine crimine et sine culpa*...

² Araujo Granda, María Paulina El Principio de estricta legalidad de Ferrajoli y la construcción e interpretación de leyes penales, /www.araujoasociados.net/index.php/articulos/124-legalidad-y-leyes-penales



En ese sentido cabe recordar el proceso penal que se instruyó contra una persona de sexo masculino pero que se autodetermina gay, fue sindicado del delito de secuestro.³ La diferencia hombre-mujer es evidentemente un dato de la realidad: existen varones y mujeres. Pero a medida que uno se aleja de la evidencia anatómica para explorar los sentimientos, los comportamientos, las representaciones de uno o de otro sexo, entra en lo incomprensible...En los años 70, cuando el mundo homosexual salió a luz, y emergieron la identidad homosexual y las problemáticas comunitarias. Si bien el término homosexual ya se empleaba –Michel Foucault lo subraya–, lo que existía era la sodomía –un cierto número de prácticas sexuales condenadas–, pero “no existía el individuo homosexual.”⁴

En los años 70, la homosexualidad se convirtió en una cuestión de identificación. El libro de Guy Hocquenghem, *Le Désir* homosexual, “El Deseo Sexual” es, en este aspecto, profético de lo que llegará a ser la teoría del gender atribuida al psicoanalista Robert Stoller.⁵ Según él, la homosexualidad no es una sexualidad entre otras, sino un lugar de subversión de la normalidad. El deseo homosexual, tanto como el deseo heterosexual, serían cortes arbitrarios del flujo polívoco del deseo. Foucault, cuya obra fue central en las elaboraciones de la Gender Theory de Stoller, sostendrá el lado subversivo de la homosexualidad, que se expresaría en la invención de nuevos estilos de vida. Se intuye que la producción de una estética de la existencia, de un modo de subjetivismo gay conducta parcialmente tomada del modelo de la antigüedad, sería el centro de una revolución.

3 Causa penal 1081-2013-531 jdo. 3ero. Departamento de Guatemala

4 Foucault Michel Historia de la Sexualidad Siglo XXI de España Editores 1984

5 Stoller Robert Gender Theory 1968 USA.



En la lógica foucauldiana, la sexualidad –como la locura– es definida por los poderes que tienden a excluir las formas desviadoras para que no encuentren justificación. Las fronteras de lo político avanzan sobre el ámbito de la sexualidad, de la filiación y de la familia y hasta el Derecho Penal.

La desigualdad entre hombres y mujeres se expresa en evidencias observables, e incluso en el de enfermedades que los afectan desigualmente. Además, numerosos aspectos del sufrimiento psíquico y de los comportamientos llamados de riesgo conservan rasgos en los que lo psicosocial arraiga en lo biológico: la depresión parece afectar más a las mujeres mientras que los hombres serían más proclives a comportamientos violentos y de riesgo.

Esta diversidad de comportamientos y de actitudes se origina en la esfera biológica, pero también en el campo imaginario y simbólico de la cultura. La discusión en torno de lo “natural” propio de lo masculino o de lo femenino resulta engañosa por su complejidad, y también por la imposibilidad de evocar otras hipótesis distintas a la de construcción cultural.

La teoría de Género plantea profundamente la noción misma de género. La cuestión homosexual, en particular, se convierte en el centro del rechazo del héterocentrismo, sustento de la cultura heterosexual lo que nos explica porque en un momento dado no se le dio trámite a la denuncia que presentó el defendido en contra de su pareja hombre alegando violencia intrafamiliar, sumando que el señor conviviente se identifica como sobrino del defendido, es decir no acepta su homosexualidad y/o bisexualidad



y menos su relación en pareja homosexual, al contrario es el defendido quien relató el delito imputado en el contexto de su relación homosexual.⁶

La señora supuesta víctima fue muy precisa en establecer hallazgos relacionados a una relación homosexual entre ambos sindicados. Esta difusión de un sexo no diferenciado se configura entonces como algo neutro, por medio del cual la vida amorosa es pura producción de placer, sin marcar de sexuación.

El modelo gay afirma el principio de que ninguna identidad es definitiva, sino siempre un ejercicio de exploración y de construcción de sí mismo. Una óptica que concuerda con los caminos de subjetivación de los individuos de esta época, compleja y frágil como el caso del defendido.

Dentro de ese contexto de la sexualidad, germina el delito de secuestro el cual se les imputó. más parece una simulación del delito con el ánimo de obtener un lucro injusto. tal como lo refirió el informe de análisis de investigación al concluir que el defendido es víctima de un acto cometido por su pareja bisexual en complicidad con la supuesta agraviada. el peritaje de género ubica el delito en el contexto de la relación homosexual que arrastró al defendido en el ilícito, fue sentenciado a treinta años de prisión.⁷

⁶ Entrevista Consultora en Género Milagro López Aguilar Centro de Detención para Hombres zona 18, Guatemala, 18.1.2014

⁷ Causa penal citada.



Otro proceso emblemático fue el proceso de una persona que se autodetermina mujer,⁸ sin embargo está privada de libertad en un centro carcelario masculino en la ciudad capital. Se estima que la resolución judicial que ordenó el ingreso de la mujer a un centro carcelario de hombres materia de hábeas corpus que se planteó podría caracterizar la violación al artículo 5 numeral primero (derecho a la integridad personal) de la Convención Americana en perjuicio de la mujer derivando en trato cruel y discriminatorio en su perjuicio por parte de distintos agentes estatales -en el marco de la resolución judicial y posterior encarcelamiento en un centro carcelario de hombres en el sentido que la presunta víctima fue discriminada por su sexo o bien por su orientación sexual desde su detención categoría tipificada en el artículo 1 de la Convención Americana tomando en consideración la situación de marginación y exclusión a la cual ha estado sometida esta persona.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos adopta el concepto autodeterminación de género procedente de los Principios de Yogyakarta, como la experiencia interna e individual del género de cada persona, que puede o no corresponder al sexo atribuido en el nacimiento, incluyendo la percepción del cuerpo (que implica, por libre elección, la modificación de la apariencia o la función corporal por medios médicos, quirúrgicos u otros) y otras expresiones de género, inclusive el atuendo, la forma de hablar y actitudes asignadas culturalmente al sexo opuesto.

⁸ Causa penal 5005-2015-559 Juzgado de Primera Instancia Penal de Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Departamento de Escuintla



La Corte de Constitucionalidad en la resolución de la apelación de sentencia de la acción de amparo en el caso de Expedientes acumulados 635-3013 y 636-2013, los cuales contienen el caso de una persona privada de libertad a quien se le obligo a un corte de cabello sabiendo que era mujer trans aduciendo motivos de higiene y limpieza, sin embargo la Corte de Constitucionalidad, evidencia y desarrolla la definición acerca de dicha opción es una decisión libre, autónoma e incuestionable de la persona, por lo que todo comportamiento, de los particulares o del Estado, que censure o restrinja una opción sexual, o la identidad de género generalmente en aras de privilegiar la tendencia mayoritaria heterosexual; o imponga sanciones o, de manera amplia, genera consecuencias fácticas o jurídicas negativas para el individuo, fundadas exclusivamente en su opción sexual, declara que es una acción contraria a los postulados constitucionales.

Esta persona al estar privada de libertad en un centro carcelario para hombres está sufriendo vejámenes, traducidos en trato cruel e inhumano mediante una acción contraria a los postulados constitucionales y precedentes judiciales de la Corte de Constitucionalidad, así como la convención y principios citados; derivado de ello con el fin de que se proteja a esta persona por ser vulnerable a la violencia o los abusos por causa de su sexo o bien orientación sexual, identidad de género o expresión de género en el centro carcelario de hombres de la zona dieciocho en el que permanece se planteó la acción constitucional del hábeas corpus⁹ con la finalidad de no tolerar ninguna forma de estigmatización social de

⁹ Expediente 01141-2017-04350 jdo de paz de faltas de turno con competencia en exhibiciones personales del municipio de Guatemala, Departamento de Guatemala

sexo o bien de la homosexualidad, bisexualidad, transexualidad y acoso, discriminación o violencia contra su persona. A través de esta acción constitucional¹⁰ se pretendía que el Estado garantice y adopte medidas efectivas para proteger a esta persona por su sexo ordenando su traslado a un centro de detención de mujeres o bien por su identidad de género se le ubique en un lugar apropiado en un centro femenino por corresponder a la autoderminación de género en respeto a su dignidad como persona. La acción constitucional fue desestimada basados en sesgos convencionales de carácter social.

Recientemente, la Corte Interamericana emitió la Opinión Consultiva OC 24/17 del veinticuatro de noviembre del año dos mil diecisiete solicitada por la República de Costa Rica sobre la identidad de Género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. La Corte aborda estas temáticas teniendo en cuenta que en ellos suelen utilizarse conceptos y definiciones acerca de los que no existe acuerdo entre los organismos nacionales, internacionales, organizaciones y grupos que defienden sus respectivos derechos, así como en ámbitos académicos en que se debaten. Además, responden a una dinámica conceptual sumamente cambiante y en constante revisión la Corte recuerda que los siguientes conceptos, tomados de diferentes fuentes orgánicas internacionales, al parecer son los más corrientes en el plano internacional:

- a) Sexo: En un sentido estricto, el término sexo se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, a sus características fisiológicas, a la suma de las características biológicas que define el

¹⁰ ídem



espectro de las personas como mujeres y hombres o a la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer.

- b) Sexo asignado al nacer: Esta idea trasciende el concepto de sexo como masculino o femenino y está asociado a la determinación del sexo como una construcción social. La asignación del sexo no es un hecho biológico innato; más bien, el sexo se asigna al nacer con base en la percepción que otros tienen sobre los genitales. La mayoría de las personas son fácilmente clasificadas pero algunas personas no encajan en el binario mujer/hombre.
- c) Sistema binario del género/sexo: modelo social y cultural dominante en la cultura occidental que “considera que el género y el sexo abarcan dos, y sólo dos, categorías rígidas, a saber, masculino/hombre y femenino/mujer. Tal sistema o modelo excluye a aquellos que no se enmarcan dentro de las dos categorías (como las personas trans o intersex).
- d) Intersexualidad: Todas aquellas situaciones en las que la anatomía sexual de la persona no se ajusta físicamente a los estándares culturalmente definidos para el cuerpo femenino o masculino. Una persona intersexual nace con una anatomía sexual, órganos reproductivos o patrones cromosómicos que no se ajustan a la definición típica del hombre o de la mujer. Esto puede ser aparente al nacer o llegar a serlo con los años. Una persona intersexual puede identificarse como



hombre o como mujer o como ninguna de las dos cosas. La condición de intersexual no tiene que ver con la orientación sexual o la identidad de género: las personas intersexuales experimentan la misma gama de orientaciones sexuales e identidades de género que las personas que no lo son.

- e) Género: Se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.
- f) Identidad de Género: La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo signado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar —o no— la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género. Así, la identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o se identifican como ambos.
- g) Expresión de género: Se entiende como la manifestación externa del género de una persona, a través de su aspecto físico, la cual puede



incluir el modo de vestir, el peinado o la utilización de artículos cosméticos, o a través de manierismos, de la forma de hablar, de patrones de comportamiento personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o referencias personales, entre otros. La expresión de género de una persona puede o no corresponder con su identidad de género auto-percibida.

- h) **Transgénero o persona trans:** Cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas. El término trans, es un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona transgénero o trans puede identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer trans y persona no binaria, o bien con otros términos como hijra, tercer género, biespiritual, travesti, fa'afafine, queer, transpinoy, muxé, waria y meti. (Sic). La identidad de género es un concepto diferente de la orientación sexual
- i) **Persona transexual:** Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social.



- j) **Persona travesti:** En términos generales, se podría decir que las personas travestis son aquellas que manifiestan una expresión de género –ya sea de manera permanente o transitoria– mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente son asociadas al sexo asignado al nacer. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo
- k) **Persona cisgénero:** Cuando la identidad de género de la persona corresponde con el sexo asignado al nacer.
- l) **Orientación sexual:** Se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género) **Homosexualidad:** Se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género, así como a las relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Los términos gay y lesbiana se encuentran relacionados con esta acepción.
- n) **Persona Heterosexual:** Mujeres que se sienten emocional, afectiva y sexualmente atraídas por hombres; u hombres que se sienten emocional, afectiva y sexualmente atraídos por mujeres.
- o) **Lesbiana:** es una mujer que es atraída emocional, afectiva y sexualmente de manera perdurable por otras mujeres, así como a las relaciones íntimas y/o sexuales con estas personas.
- p) **Gay:** se utiliza a menudo para describir a un hombre que se siente emocional, afectiva y sexualmente atraído por otros hombres, aunque



el término se puede utilizar para describir tanto a hombres gays como a mujeres lesbianas.

- q) Homofobia y transfobia: La homofobia es un temor, un odio o una aversión irracional hacia las personas lesbianas, gay o bisexual; la transfobia denota un temor, un odio o una aversión irracional hacia las personas trans. Dado que el término “homofobia” es ampliamente conocido, a veces se emplea de manera global para referirse al temor, el odio y la aversión hacia las personas LGBTI en general.
- r) Lesbofobia: es un temor, un odio o una aversión irracional hacia las personas lesbianas.
- s) Bisexual: Persona que se siente emocional, afectiva y sexualmente atraída por personas del mismo sexo o de un sexo distinto. El término bisexual tiende a ser interpretado y aplicado de manera inconsistente, a menudo con un entendimiento muy estrecho. La bisexualidad no tiene por qué implicar atracción a ambos sexos al mismo tiempo, ni tampoco debe implicar la atracción por igual o el mismo número de relaciones con ambos sexos. La bisexualidad es una identidad única, que requiere ser analizada por derecho propio.

La Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con



hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación.

Derivado de lo anterior no dudamos en la ampliación de las esferas de protección hacia horizontes antes ignorados por el Derecho Penal, como la tutela a estos grupos vulnerables. Desde este punto de vista, Juan Manuel Fernández Buzzi y Martín Daniel Lorat reflexionan sobre que no puede dejarse de lado la operatividad real del sistema penal como punto de partida para la construcción de las categorías de análisis dogmático, motivo por el cual la selectividad del aparato de control en los procesos de criminalización, la incapacidad para resolver los conflictos, el efecto deteriorante sobre las víctimas, como también la enorme dimensión de la red del poder punitivo -en todas sus manifestaciones-, deberán necesariamente tomarse en cuenta. Ante este cuadro de situación, la teoría agnóstica de la pena adopta una noción de culpabilidad que incorpora el dato fáctico de selectividad del sistema penal en este caso la vulnerabilidad por culpabilidad que no era alcanzado por las concepciones tradicionales sobre el punto (desde el psicologismo hasta el reproche normativo), de lo que se extracta, evidentemente, que este es el elemento más novedoso e interesante que este conjunto de ideas inscribe en la discusión dogmática actual.

La teoría del delito actual prevé la culpabilidad es concebida como “...el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre este. Este juicio resulta de la



síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho (formulado conforme a elementos formales proporcionados por la ética tradicional) con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar la situación de vulnerabilidad en que el sistema penal ha concretado su peligrosidad, descontando del mismo el correspondiente a su mero estado de vulnerabilidad.¹¹

El Doctor Zaffaroni¹² refiere que el reproche ético previo al del esfuerzo del agente por colocarse en la situación concreta de vulnerabilidad, sigue siendo imprescindible, a fines de garantizar el respeto de la persona como tal, a partir de su concepción en razón de lo dispuesto en el art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por lo que resulta inherente a la persona, el reconocimiento de la posibilidad de autodeterminación, que no debe confundirse con la idea del libre albedrío. Es más, la vigencia del principio de racionalidad como corolario del principio de culpabilidad en este estrato de análisis de la teoría del delito, hace que se reconozca la preeminencia de un reproche de carácter ético respecto del de la vulnerabilidad, puesto que de lo contrario, se cae en una incoherencia profunda, ya que se impide medir el esfuerzo por la vulnerabilidad de esas personas que por definición han actuado en tal situación extrema de vulnerabilidad que no puede medirse por ser parte de su esencia situacional, así también, se les exigiría.

11 Fernández Buzzi Juan Manuel, y Lorat Daniel Martin, La culpabilidad por la vulnerabilidad como medida de la pena, ¿o la crueldad estatal en su "justa" medida" www./la-culpabilidad-por-la-vulnerabilidad-como-medida-de-la-pena-o-la-crueldad-estatal-en-su-justa-medida

12 Zaffaroni, Eugenio Raúl, En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal, segunda reimpresión, Editorial E.D.I.A.R., Buenos Aires, 1998



Las múltiples figuras delictivas relacionadas con el lavado de activos y el incumplimiento de deberes formales de prevención de esos riesgos, entre otros variados ejemplos llevan implícito la culpabilidad por vulnerabilidad. Y ello, como es lógico, ha supuesto que la intervención penal no sea vista como de *última ratio*, sino como primer o único remedio jurídico a los males sociales; circunstancia que, naturalmente, socava los cimientos del Derecho Penal de una sociedad democrática y en consecuencia, la relación misma entre el Estado y los ciudadanos, pues, como afirma Lougi Ferrajoli ...Una política penal de tutela de bienes tiene justificación y fiabilidad sólo cuando es subsidiaria de una política extrapenal de protección de los mismos bienes. Principio que ya había sido advertido, dos siglos antes por Motesquieu al afirmar que toda pena que no se derive de la necesidad es tiránica; la ley no es un mero acto de poder, y las cosas indiferentes no le incumben. el punto había sido señalado por Santo Tomás de Aquino, al sostener que la ley humana está hecha para la masa, en la que la mayor parte son hombres imperfectos en la virtud.

Y por eso la ley no prohíbe todos aquellos vicios de los que se abstienen los virtuosos, sino sólo los más graves, aquellos de los que puede abstenerse la mayoría y que, sobre todo, hacen daño a los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría subsistir, tales como el homicidio, el robo y cosas semejantes.¹³

Aún más, en la actualidad, la propia descripción del objeto de tutela penal ha abandonado su carácter individual y personal; siendo dable advertir que, los modernos bienes jurídicos se estructuran, con inusual frecuencia,

13 Ferrajoli Lougi Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal editorial Trotta, Madrid 1997



bajo modelos, a la vez, institucionales y universales, como ocurre en la asociación ilícita y en consecuencia, su descripción, por naturaleza ambigua, legítima o justifica casi cualquier intervención judicial penal, desdibujando -de este modo- de su natural función de contención del Ius Puniendi.

Las manifestaciones de este proceso, sin embargo, no se circunscriben única, ni mayoritariamente, a la incorporación de un novedoso elenco de bienes jurídico-penales de formato institucional e impersonal, sino que atañen también -y muy especialmente- al modo en que esa intervención penal se lleva a cabo, es decir, a las reglas de imputación penal y al diseño de la estructura típica de las figuras delictivas. Y ello, al punto que, para algunos autores, donde se observa, con mayor claridad, el adelantamiento de la frontera de las conductas punibles respecto del límite clásico del Derecho Penal liberal.

En efecto, esta verdadera anticipación de la intervención penal se deja traslucir en múltiples y variadas formas. al respecto Mario Spangenberg Bolívar escribe....Así, mientras que por un lado, las legislaciones penales modernas se orientan, mayoritariamente, hacia la creación de delitos de peligro, con particular predilección por la modalidad del peligro abstracto y ello, en desmedro de los clásicos delitos de resultado, también avanzan, hacia una mayor punición -y más frecuente- de los delitos tentados, e incluso, de los actos preparatorios sin comienzo de ejecución.¹⁴..el proceso de la defendida es el claro ejemplo quien por haber mancomunado su

¹⁴ Mario Spangenberg Bolívar El derecho penal del riesgo globalizado desafíos para un derecho penal legítimo y transnacionalmente efectivo, universidad Católica de Uruguay, Uruguay 2017



cuenta bancaria monetaria con su esposo sin darse cuenta se realizaron voluminosos movimientos bancarios.

Derivado de lo anterior, la señora fue aprehendida por la Policía Nacional en una diligencia de allanamiento. Se encontró en situación de desventaja, debido que en su relación marital confió su cuenta monetaria a su esposo aspecto dogmático relevante para determinar que no hubo conocimiento de la sindicada de la ilicitud del hecho y voluntad de cometerlo influyendo la ausencia de dolo en la comisión del delito imputado.

El posicionamiento de la acusada en el hogar en relación de servicio es decir servir la comida, hacer las tareas domesticas etc. Incapacidad de decisión de la acusada para determinar qué es lo que se hace o no se hace en ese hogar o de prever que su cuenta monetaria era utilizada para movimientos bancarios voluminosos. La dependencia económica le impide movilizarse libremente o salir de ese hogar.¹⁵

Por su parte, y en forma concurrente, es dable advertir, en la moderna normativa criminal, un excesivo recurso a la utilización de la fórmula de *comisión por omisión*, para justificar la sanción -desde el Derecho Penal- al mero incumplimiento de deberes formales de vigilancia o prevención, a modo de reafirmar la obligatoriedad jurídica de las propias normas; y similar fenómeno expansivo, se pone de manifiesto, al extender el reproche de conductas no directamente intencionales -en no pocas ocasiones, asimilando la respuesta punitiva de las conductas culposas y dolosas- al ampliar, con excesiva generosidad, las esferas típicas de los grados de

¹⁵ Causa Penal 1076-2012-25 Juzgado Primero de Mayor Riesgo B



coparticipación criminal, lo que supone también, la aplicación de formas directas de expansión del Derecho Penal.

Mario Spangenberg Bolívar hace referencia que Esta moderna tendencia, sin embargo, no permanece contenida en el Derecho Penal sustantivo o en las estructuras dogmáticas y se adentra también, en aspectos procesales penales, cuyo reflejo más notorio, es la flexibilización de las garantías penales y procesales clásicas y la relativización o distensión de los principios de contención del *ius puniendi*. Así, las exigencias derivadas de la presunción de inocencia y del principio de legalidad que, no hace mucho tiempo, constituían una barrera infranqueable frente a las demandas de actuación penal, hoy son consideradas meros formalismos que es preciso superar, para dar una pronta respuesta a las incesantes demandas sociales de mayor seguridad. Tal es el caso, por ejemplo, del debilitamiento de la presunción de inocencia, a partir de la aparición de ilícitos como el de el constante depósito en cuentas bancarias del producto de extorsiones o la importancia acordada al incumplimiento o desatención a guías de señales de riesgo de lavado de activos y otras presunciones semejantes, como fundamento del reproche penal en concreto.

Acontece, también en relación a la presunción de inocencia, respecto de una de sus manifestaciones más relevantes: la garantía contra la autoincriminación, que parece haber sido hecha a un lado, por la constante utilización de herramientas de investigación como la *declaración premiada*, la figura del *testigo protegido*, el *agente encubierto* y los mecanismos de interceptación telefónica, que aparecen en las legislaciones procesales



penales modernas. De similar deterioro es objeto, en los últimos años, el principio de legalidad, antes, verdadera regla de oro del Derecho Penal. La primera afectación, al *nullum crimen nulla pena*, ocurre con el permanente dictado de normas, con contenido penal, que no forman parte del Código, al punto que, en buena parte del Derecho comparado, la mayoría de las infracciones penales no están contenidas en el Código, sino en leyes especiales. A su vez, las remisiones legales -cada vez más frecuentes- a normas de menor jerarquía, como decretos, resoluciones administrativas y circulares de la Corte Suprema o de la Banca Central, socavan al requisito de estricta legalidad, de un modo incluso aún más grave. Al tiempo que, en no pocas ocasiones, el contenido del principio aparece burlado, bajo una forma ciertamente más velada, mediante la redacción de figuras delictivas con verbos nucleares excesivamente ambiguos, con las expresiones: *participar, colaborar, asistir y prestar ayuda*.

Junto a esta dimensión de la expansión del Derecho Penal las sociedades modernas se han ido transformando, a un mismo tiempo, en sociedades altamente globalizadas, esto es, universales. Y ello tampoco es ninguna novedad, pues la vida cotidiana evidencia, a cada paso, que las clásicas fronteras territoriales, carecen de un valor significativo en las interacciones sociales y en consecuencia, tampoco obstaculizan o limitan en modo alguno, sino lo contrario, el desarrollo de los fenómenos criminales. Para muestra de este verdadero apogeo de la criminal globalizada, basta con mencionar las cada vez más complejas redes financieras de delincuencia económica que son, apenas, algunos ejemplos de la realidad criminal de nuestros días¹⁶ y fundamentalmente de lo que cabe esperar del fenómeno

¹⁶ Spangenberg Bolívar Mario Ob. Cit.



delictivo de utilizar a las mujeres para la comisión de acciones de delictivas operando en ese sentido la autoría por instrumentalización.¹⁷

Hace mucho tiempo que el Derecho Penal distingue entre delitos cometidos individualmente y de manera directa, de los delitos cometidos a través de otro o de otros y de manera indirecta. Desde la doctrina, el Doctor Klaus Roxin señala que, en la comisión de un delito, al igual que cualquier autor puede valerse de instrumentos mecánicos para su accionar delictivo, se pueden ‘usar’ a otras personas de la misma forma, pero no como objetos inertes, sino como personas actuantes, a través de la amenaza o la coacción.

En estos casos las mujeres aparecen como el autor material, es a quien se le ordena reciba el dinero, sin embargo, nadie puede negar que el verdadero autor es la persona de atrás dado el dominio que mantiene del delito como consecuencia del aprovechamiento o instrumentalización de la situación existente.

Instrumentalizar a otro para la comisión de un delito supone el aprovechamiento de una deficiencia en el ejecutor material, la voluntad viciada por influencia de amenaza de un mal a sus hijos si no recoge el dinero producto de la extorsión. Dicha manipulación o instrumentalización puede también, ejercerse aprovechándose de la existencia de un aparato de poder o de una organización caracterizada por la pluralidad y sustituibilidad de sus miembros y la relación jerárquica dentro de los mismos.

¹⁷ Roxin, Claus, Autoría y dominio del hecho en el Derecho Penal, Alemania, Marcial Pons Librero editor, 2000



En ese sentido, lo importante para reconocer la existencia de una autoría mediata consiste en el reconocimiento de una situación de instrumentalización que otorga a quien se sirve de la misma de un dominio relevante y superior sobre el autoría material, sin que ello implique sea parte de organización criminal dado que éste se encuentra necesariamente excluido de responsabilidad penal por que su intervención es forzada mediante amenazas influyendo en su voluntad de querer realizar la acción delictual, de integrar la asociación criminal y de concertarse con fines delictivos. Claus Roxin¹⁸ explica que la fundamentación de la autoría mediata radica en el denominado “dominio de la voluntad”, porque, a diferencia del dominio de la acción, el autor mediato no tiene un dominio caracterizado en la ejecución inmediata y directa de una acción, sino “en el poder de la voluntad conductora.”

Lo característico de esta forma de autoría mediata es la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio en la decisión, como vemos se trata de nuevas y más complejas formas delictivas las que requieren la flexibilización de los principios generando algo nuevo. Este “nuevo constitucionalismo” puede caracterizarse, entre otras cosas, por la materialización del derecho por medio de los principios constitucionales, la garantía jurisdiccional de la Constitución, la relación del derecho con la moral y la importancia de la argumentación del defensor, viene a retar los fundamentos clásicos de la forma como se ha entendido el derecho, en otras palabras son asuntos constitucionales en las que las normas inferiores del sistema jurídico no pueden ser restricciones axiológicas excesivas de derechos o principios constitucionales.

¹⁸ idem



Referencias bibliográficas

- Araujo Granda, María Paulina El Principio de estricta legalidad de Ferrajoli y la construcción e interpretación de leyes penales, www.araujoasociados.net/index.php/articulos/124-legalidad-y-leyes-penales.
- Fernández Buzzi Juan Manuel, y Lorat Daniel Martin, La culpabilidad por la vulnerabilidad como medida de la pena, ¿o la crueldad estatal en su pena-o-la-crueldad-estatal-en-su-justa-medida.
- Ferrajoli Lougi Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal editorial Trotta, Madrid 1997.
- Foucault Michel Historia de la Sexualidad Siglo XXI de España Editores 1984 aparece página tres aparece pág 3.
- Roxin, Claus, Autoría y dominio del hecho en el Derecho Penal, Alemania, Marcial Pons Librero editor, 2000 aparece pág 17.
- Stoller Robert Gender Theory 1968 USA. aparece página 3.
- Tamayo Jaramillo Javier 12.5.2017. Por una Definición Exacta de Constitucionalización del Derecho, www.ambitojuridico.com.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal, segunda reimpresión, Editorial E.D.I.A.R., Buenos Aires, 1998 aparece pág. 12.

Expedientes penales

- Causa penal 1081-2013531 juzgado Tercero Departamento de Guatemala
- Causa penal 5005-2015-559 Juzgado de Primera Instancia Penal de Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Departamento de Escuintla.



- Apelación de sentencia de la acción de amparo en el caso de Expedientes acumulados 635-3013 y 636-2013 Corte de constitucionalidad
- Expediente 01141-2017-04350 Juzgado de paz de faltas de turno con competencia en exhibiciones personales del municipio de Guatemala, Departamento de Guatemala
- Entrevista Consultora en Género Milagro López Aguilar Centro de Detención para Hombres zona 18, Guatemala, 18.1.2014





Interrupción legal del embarazo

Lic. Sergio Federico Morales

“Material para reflexionar”

La madre entró en la oficina del doctor con un despierto y hermoso bebé en los brazos. Se sentó cerca del médico de su familia, y le dijo: “doctor, quiero que me ayude en mi problema. Mi bebé solo tiene un año, y he quedado encinta de nuevo. No quiero tener niños tan cercanos uno de otro”. “Ah”, exclamo él, “¿y qué quiere usted que haga yo?” “Bueno, cualquier cosa con tal de librarme de esto”, contesto ella. Después de pensar seriamente unos instantes, el doctor le dijo: “Creo que le puedo sugerir un método mejor para ayudarla. Si su problema es que los dos niños se lleven tan poco tiempo, la mejor manera sería matar al que lleva en brazos, y dejar que nazca el otro. Es fácil llegar al que tiene en brazos, y para mí es lo mismo matar a uno o a otro. Además, sería peligroso para usted que yo me dedicara a matar al más pequeño”. Dicho esto, el doctor extendió la mano hacia una hachuela que usaba para cortar ramas, y de la forma más normal, le indicó a la madre que se acostara al niño en el regazo y volviera la cabeza. No es de sorprenderse el que la mujer casi se desmayara, al mismo tiempo que saltaba de la silla y gritaba. “¡Asesino!”.



Unas pocas palabras explicativas por parte del doctor convencieron pronto a la mujer de que su ofrecimiento de asesinar al bebé no era peor que la petición de ella de que destruyera al que aún no había nacido. En ambos casos, el acto habría sido un asesinato; la única diferencia sería la edad de la víctima. [Swaggart, Jimmy: 1985].

El tema relacionado con el aborto es muy complejo en cuanto a determinar categóricamente si es legal o no, por cualquier motivación relacionada con la situación de la mujer embarazada y el derecho a la vida del nuevo ser, aun en circunstancias específicas. Ejemplo: cuando el embarazo es producto de una violación por parte de parientes u otras personas, el feto es afectado por el virus del Zika, por contaminación de la madre o el feto es anencefálico, entre otros.

Para el desarrollo del presente artículo, se mencionarán algunas cuestiones planteadas en el Diplomado “Derechos sexuales y reproductivos, violencia sexual”, que, con el apoyo del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala –ICCPG- fue impartido a defensores públicos, agentes fiscales del Ministerio Público, jueces y magistrados del Organismo Judicial de Guatemala, durante el mes de septiembre de 2018 en la modalidad B Learning, con las cuales se pretende dar soporte a una postura relacionada con el emblemático tema del aborto; y específicamente cuál debe ser la intervención, participación y perspectiva del abogado defensor público al momento de ejercer el derecho de defensa en casos relacionados con la normativa contenida en los artículos del 133 al 140 del Código Penal y la del Código Procesal Penal, aplicables.



Datos estadísticos

En el Diplomado referido, se expuso una investigación, sobre el “Aborto inducido y embarazo no planeado en Guatemala”, por los autores: Susheela Singh ex vice presidenta de investigación, Instituto Guttmacher, Nueva York; Elena Prada, Consultora independiente con sede en Bogotá, Colombia; y Edgar Kestler ex director del Centro de Investigación Epidemiológica en Salud Sexual y Reproductiva (CIESAR), Ciudad de Guatemala, Guatemala. La presentación de la investigación es la siguiente:

CONTEXTO: aunque la legislación guatemalteca permite el aborto inducido solamente para salvar la vida de la mujer, con frecuencia muchas mujeres obtienen abortos, en condiciones de riesgo, y en respuesta a un embarazo no planeado. Estudios recientes indican que el aborto inseguro es un factor clave que contribuye a la morbilidad y mortalidad materna en el país; sin embargo, no existen datos a nivel nacional sobre la incidencia del aborto.

MÉTODOS: en 2003, se llevó a cabo una encuesta en la totalidad de hospitales que atienden a mujeres con complicaciones postaborto, y otra encuesta entre 74 profesionales conocedores de las condiciones de la provisión del aborto en Guatemala. El número de abortos inducidos practicados anualmente se calculó mediante



técnicas de estimación indirecta. Las tasas y razones de aborto, así como el nivel de embarazos no planeados, se calcularon para el país en su conjunto y para sus ocho regiones.

RESULTADOS: cerca de 65,000 abortos inducidos se realizan anualmente en Guatemala, y cerca de 21,600 mujeres son hospitalizadas para recibir tratamiento por complicaciones derivadas de ello. Los abortos ocurren a una tasa de 24 por 1,000 mujeres en edades entre 15 y 49 años, y ocurre un aborto por cada seis nacidos vivos. La tasa de aborto (29–30 por 1,000 mujeres) es mayor que el promedio en las regiones Sur-Occidente (menos desarrollada, con población principalmente indígena) y Metropolitana (más desarrollada, con población principalmente no indígena). Más de una cuarta parte del total de nacimientos son no planeados; al combinar los nacimientos no planeados con los abortos se estima que un 32% de los embarazos en Guatemala son no planeados, y que la tasa por 1,000 mujeres es de 66.

CONCLUSIONES: en Guatemala, el aborto inseguro tiene un impacto significativo en la salud de la mujer. Se requiere de



programas gubernamentales integrales para abordar los temas del embarazo no planeado y el aborto inseguro, con atención a las diferencias regionales.

Al analizar la presentación de la investigación referida, se presume que el propósito de la exposición de datos estadísticos de las tasas de abortos inducidos, radica en la intención de los autores, de poner en evidencia o simplemente advertir la falta de conciencia, tanto de las autoridades competentes, como de los actores principales en el cuestionado tema del aborto; de las consecuencias que derivan de la práctica común de estos, en forma clandestina y que cada día se incrementan por falta de la legalización del aborto; en el entendido que tal propuesta solventaría en parte la problemática expuesta, según el contenido de la documentación proporcionada, para análisis del Diplomado mencionado.

Ante tal planteamiento, es obvio que debe haber un pronunciamiento a favor de la abolición del delito de aborto y legalizar su práctica, o en contra de tal ponencia, es decir mantener su penalización como hasta ahora en la mayoría de países de mundo. En ese sentido se estima que siempre habrá en cada abogado defensor, en cada persona, en las organizaciones o grupos sociales, de acuerdo a sus principios, sus valores, su raza, su cultura, sus creencias, su religión o simplemente su idiosincrasia, una opinión, un criterio o una postura que fijar al respecto.

La opinión del autor del presente artículo se expresó desfavorable a la legalización del aborto, como está establecido en otros países, tales como



Uruguay, Cuba, Argentina, Estados Unidos entre otros. La razón es simple, no siempre se pueden establecer las causas reales para practicar un aborto, conforme la ley lo establece –en las legislaciones que lo contemplan-, en consecuencia, se considera que al estar legalizado el aborto en Guatemala, se podría incurrir en “malas prácticas”, por ejemplo, aducir una circunstancia prevista en la ley para abortar, sin que la misma sea real, solo podría ser la justificación para disponer de una vida indefensa. Ejemplo: una menor que ha tenido relaciones sexuales consentidas con el novio y resulta embarazada, oculta tal circunstancia y al evidenciarse el resultado de la relación, la madre de la menor, lo advierte; entonces fácilmente la menor puede argumentar que fue violada y dependiendo de lo que establezca la ley en cuanto al tiempo de gestación u otros parámetros, podría legalmente abortar, ocultando la verdad del hecho.

En el diplomado citado, se planteó la siguiente cuestión:

Estudio de caso de España. En 2012, quien fuera ministro de justicia, Alberto Ruiz-Gallarán manifestó que la violencia estructural contra la mujer es una de las principales causas para abortar. Después de haber leído el documento de Cartabia y Hopp, por su parte, sostienen que la violencia estructural que sufren las mujeres puede constituirse en una causal para acceder a la ILE. El estudio del caso busca contrastar las posturas de juristas y políticos en torno a la relación entre la violencia estructural y el aborto”.

Básicamente el documento relacionado, expone que una causa de justificación para legalizar el aborto, bajo las premisas de la “Violencia



intrafamiliar”, puede ser la violencia estructural, por estimar que las agresiones del esposo o pareja de la fémina, está motivada por la misoginia u otras circunstancias, las cuales deben provocar alguna reacción en ellas, si están embarazadas; la respuesta a la violencia estructural, podría ser la muerte del nuevo ser –embrión o feto-.

A los cuestionamientos formulados, con relación al tema, se dieron las respuestas que a continuación se detallan:

- ¿Cuál es el problema principal en este caso?
 - Conforme lo expuesto del documento citado- Considerar la violencia estructural contra la mujer como una de las principales causas para abortar; la inexistencia de legislación que respalde el ILE, y las contradicciones entre las personas y juristas que respaldan la misma y quienes se oponen por razones de moralidad, religión, legalidad y justicia.
- ¿Cuáles son los problemas secundarios?
 - Citando el documento relacionado-
Falta de estadísticas reales en cuanto al tema.
Falta de penalización de la violencia intrafamiliar (no denunciada).
Falta de conciencia social con relación al tema, por parte de los matrimonios, autoridades y sociedad en general.



¿Cómo debe abordarse la violencia estructural en su relación con el aborto?

Analizar a profundidad el tema para establecer la realidad en cuanto a estadísticas y divulgar intensamente lo relacionado con los valores de la familia, especialmente el matrimonio, en cuanto a reconocer el valor que asiste a las mujeres, quien tiene derechos humanos, los cuales deben respetarse.

- La violencia estructural contra la mujer ¿provoca los abortos o debe abordarse como una causal para la ILE?

No es fácil dar una respuesta exacta, en virtud de ser un tema social completo, además el matrimonio y la familia son instituciones difíciles de investigar para obtener datos exactos y objetivos, la mayoría de matrimonios no son sinceros en cuanto a exponer su vida real, se estima que en la mayoría se guardan las apariencias, (por ejemplo, cuando hay casos de violencia contra la mujer en cualquiera de sus manifestaciones y la pareja de la mujer está sujeta a un proceso penal, ésta última desiste tácitamente, al no comparecer a declarar ante las autoridades del Ministerio Público o Jurisdiccionales, o bien lo hace, pero negando el hecho con el propósito de apoyar al imputado o acusado, o para evitar que se rompa la relación de poder).

Por ello se estima que lo primero, no es posible deducirse, como posibilidad, porque no es viable corroborar si la violencia estructural puede provocar abortos, por la complejidad del asunto. En cuanto a



lo segundo, se estima que no debe abordarse la violencia estructural contra la mujer como una causal para la ILE, porque ello puede resultar peligroso, en virtud que puede ser la oportunidad para provocar una cantidad ilimitada de abortos, no necesariamente derivados de la violencia estructural contra la mujer, solo puede significar un pretexto para abortar, por cualquier sentimentalismo femenino o aparentar otra razón similar, para abortar.

- ¿Deben impulsarse cambios profundos en la legislación para regular el aborto o impulsar un manejo?

Se estima que no deben impulsarse cambios profundos en la legislación para regular el aborto, en la legislación penal guatemalteca, por estimar que ya está legislado el aborto terapéutico y otros no punibles. Debe impulsarse el manejo legal conforme la realidad, la cual puede establecerse a través de peritajes pertinentes, en los casos necesarios. Debe mejorarse el control de los lugares donde se práctica el aborto en forma clandestina a través de una investigación eficaz y eficiente por las autoridades competentes y, buscar una mejor alternativa en cuanto a los embarazos provocados por violación, se debe respetar el derecho de la víctima a elegir y al nuevo ser su derecho humano a la vida y a tener una familia (en adopción, por ejemplo).

Se debe comparar la vida del nuevo ser con la vida de un condenado a pena de muerte. En Guatemala, ya no se penaliza con pena de muerte a quien mediante debido proceso se ha juzgado y declarado responsable penalmente, en consecuencia, por qué se ha de aniquilar



a un embrión o a un feto, producto de una violación. En el primer caso es la vida de un “culpable” –previamente juzgado- en el segundo caso es la vida de un “inocente” –sin oportunidad de ejercer derecho de defensa.

Ahora bien, con relación al caso planteado en el material de estudio referido, se estima que lo expuesto, es producto del análisis estructural de la sociedad española, la cual es diferente a la guatemalteca, sin olvidar que esta última, tiene un alto porcentaje de machismo y problemas graves de violencia contra la mujer en todas sus manifestaciones. Para considerar la violencia estructural como causal del aborto, se debe analizar nuestros principios, nuestros valores, nuestra cultura, nuestras necesidades y legislar de acuerdo a ello, -si fuere necesario-, por estimar, además, que la normativa existente es funcional. Es una apreciación muy personal.

En resumen, puede deducirse que no es necesario reformar la legislación penal existente con relación al tema del aborto, -legalizándolo-, como en Argentina por ejemplo que el artículo 85 del Código Penal, establece la penalización del aborto consentido por la mujer como regla general y prevé excepciones a la punición en el artículo 86 cuando la ILE es necesaria para evitar un peligro para la salud o la vida de la mujer y cuando el embarazo es producto de violencia sexual. Las razones ya se expusieron.



Normativa penal relacionada con el aborto en Guatemala

Del Código Penal, se transcriben las siguientes normas: Artículo 133.- Concepto. Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. Artículo 134.- Aborto procurado. La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será sancionada con prisión de uno a tres años. Si lo hiciere impulsada por motivos que, ligados íntimamente a su estado, le produzcan indudable alteración síquica, la sanción será de seis meses a dos años de prisión. Artículo 135.- Aborto con o sin consentimiento. Quien, de propósito causare un aborto, será sancionado: 1º. Con prisión de uno a tres años, sí la mujer lo consintiere. 2º. Con prisión de tres a seis años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Si se hubiere empleado violencia, amenaza o engaño, la pena será de cuatro a ocho años de prisión.

Artículo 136.- Aborto calificado. Si a consecuencia del aborto consentido o de las maniobras abortivas consentidas, resultare la muerte de la mujer, el responsable será sancionado con prisión de tres a ocho años. Si se tratare de aborto o maniobras abortivas efectuados sin consentimiento de la mujer y sobreviniere la muerte de ésta, el responsable será sancionado con prisión de cuatro a doce años. Artículo 137.- Aborto terapéutico. No es punible el aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer, previo diagnóstico favorable de por lo menos otro médico, si se realizó sin la intención de procurar directamente la muerte del producto de la concepción y con el solo fin de evitar un peligro, debidamente establecido, para la vida de la madre, después de agotados todos los medios científicos y técnicos. Artículo 138.- Aborto preterintencional. Quien,



por actos de violencia ocasionare el aborto, sin propósito de causarlo, pero constándole el estado de embarazo de la ofendida, será sancionado con prisión de uno a tres años. Si los actos de violencia consistieren en lesiones a las que corresponda mayor sanción, se aplicará ésta aumentada en una tercera parte.

Artículo 139.- Tentativa y aborto culposo. La tentativa de la mujer para causar su propio aborto y el aborto culposo propio, son impunes. El aborto culposo verificado por otra persona, será sancionado con prisión de uno a tres años, siempre que tal persona tenga conocimiento previo del embarazo. Artículo 140.- Agravación específica. El médico que, abusando de su profesión causare el aborto o cooperare en él, será sancionado con las penas señaladas en el artículo 135, con multa de quinientos a tres mil quetzales, con inhabilitación para el ejercicio de su profesión de dos a cinco años. Iguales sanciones se aplicarán, en su caso, a los practicantes o personas con título sanitario, sin perjuicio de lo relativo al concurso de delitos.

Del análisis de la normativa expuesta, se tiene:

1. El elemento material del delito de aborto

Ese elemento está contenido en el artículo 133: La muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. Básicamente requiere que exista una mujer en estado de embarazo, en otras palabras, que la mujer este preñada; sin importar el tiempo que tenga de estarlo. Caso contrario, estaríamos frente a otro tipo penal. Lesiones, por ejemplo.



2. En cuanto a la conducta, el tipo subjetivo

“Que es la relación psicológica entre el autor y la acción o resultado, de donde se genera el termino desvalor de acción y se refiere al propósito o finalidad, el ánimo que impulsa el actuar a título de dolo en su caso culpa” (Fuentes, 2018, p.37). Para el caso del delito de aborto: la intención de matar el embrión o al feto, o la muerte de los mismos, por negligencia, imprudencia o impericia.

De León Velasco, y de Mata Vela (2005 p. 362-363), con relación del delito de aborto indican:

Aborto realizado por la propia mujer o con su consentimiento. Artículo 134, aborto realizado por la propia mujer, en su párrafo primero; y en el segundo párrafo no hay una alusión a lo que anteriormente (específicamente en el párrafo segundo del artículo 305 del Código Penal de 1936), se denominó aborto *bonoris causa*. Así mismo, encontramos referencia en los artículos 135 inciso 1°. y 136 párrafo primero. **b) Aborto practicado por tercero, sin consentimiento de la madre.** En este caso, hay dos modalidades como hacer material: el realizado sin consentimiento, pero sin violencia, y el realizado sin consentimiento de la madre y con violencia. En el primer caso, es evidente



que el sujeto activo es la madre que consiente y si hay un tercero cooperador, también éste, y en el presente caso, será sujeto activo solamente el tercero que realiza la acción sin el consentimiento de la madre. Tal situación aparece en ambas modalidades, en los artículos 135 inciso 2°. y 136, párrafo segundo. (...) **d) Abortos no punibles.** Dejando aparte la referencia que ya hicimos del llamado aborto patológico, existen otras interrupciones del embarazo que no son punibles, entre ellas: **1°. El aborto culposo propio.** El causado imprudentemente por la propia mujer embarazada (artículo 139, párrafo primero). En este caso la impunidad se: “funda en la consideración de que cuando la mujer por sus simples negligencias o descuidos, sin intención dolosa, causa su propio aborto, resultaría in equitativa reprimirla por ser ella la primera víctima de su imprudencia al defraudarse sus esperanzas de maternidad”. [González de la Vega, 1981: 134]. **2°.** La tentativa de la mujer para causar su propio aborto (artículo 139, párrafo primero). **3.3. Aborto terapéutico.** Éste, es una especie del aborto en estado de necesidad. (...) La causa especial de la justificación de este aborto “deriva de un conflicto entre dos distintos intereses protegidos ambos por el Derecho: a la vida de la madre y la vida del ser en



formación” [González de la 1981: 134]. Este es el caso pues, de cuando la ley, en vista de que la embarazada se encuentra en peligro de perecer de no provocarse un aborto médico artificial con sacrificio del embrión o del feto, autoriza al facultativo para que previo diagnóstico de otro médico, provoque el aborto. Se considera que este último, es el fundamento legal, para defender la postura de no reformar la ley en el sentido de “legalizar el aborto”, en virtud que este tipo penal establece como prioridad la vida de la madre, para permitir el aborto, en consecuencia, tenerlo como no punible.

Aunado a ello se estima que de lo expuesto por los juristas guatemaltecos puede deducirse que efectivamente nuestra legislación abarca las posibilidades en cuanto a la comisión del delito de aborto; es decir los elementos subjetivos del mismo en cuanto a la intencionalidad y el delito culposo; la intervención de terceros, como lo son los médicos que pudieran intervenir como sujetos activos del delito.

Paralelo a tales consideraciones, el Código Procesal Penal prevé, salidas alternas que pueden favorecer al sujeto activo del delito de aborto, eventualmente cliente de la Defensa Pública Penal, salidas que se detallan a continuación, independientemente de ello, también se puede solicitar la aplicación de un procedimiento abreviado, según sea el caso concreto.



Tabla No. 1
Salidas alternas

Delito	Pena	Salida alterna
Aborto procurado.	a) Prisión de 1 a 3 años. b) si lo hiciere impulsada por motivos que, ligados íntimamente a su estado, le produzcan indudable alteración síquica, de 6 meses a 2 años de prisión.	<ul style="list-style-type: none"> • Criterio de oportunidad. • Suspensión Condicional de la Persecución Penal.
Aborto con o sin consentimiento	Prisión de 3 a 8 años.	<ul style="list-style-type: none"> • Procedimiento Abreviado. • Procede conmuta, si la pena es de 4 o 5 años de prisión.
Aborto calificado.	Sin consentimiento de la mujer y sobreviniere la muerte de ésta, con prisión de 4 a 12 años.	<ul style="list-style-type: none"> • Procedimiento Abreviado. • Procede conmuta, si la pena es de 4 o 5 años de prisión.
Aborto terapéutico.	No punible	



Aborto preterintencional	1 a 3 años. Si los actos de violencia consistieren en lesiones a las que corresponda mayor sanción, se aplicará ésta aumentada en 1/3 parte. Si consta el conocimiento del embarazo de la mujer.	<ul style="list-style-type: none"> • Criterio de oportunidad. • Suspensión condicional de persecución penal. En concurso, evaluar lo que favorezca al imputado.
Tentativa y aborto culposo.	No punible. Solo si fuese causado por otra persona que tenga conocimiento del embarazo. 1 a 3 años.	<ul style="list-style-type: none"> • Criterio de oportunidad. • Suspensión condicional de la persecución penal.
Agravación específica.	Con multa de Q500.00 a Q3000.00, con inhabilitación para el ejercicio de su profesión de 2 a 5 años. Iguales sanciones se aplicarán, en su caso, a los practicantes o personas con título sanitario, sin perjuicio de lo relativo al concurso de delitos.	<p>En el primer supuesto.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Criterio de oportunidad, con relación a la pena de prisión. • Suspensión condicional de la persecución penal, o Procedimiento abreviado (procede conmuta, si la pena es de 4 o 5 años de prisión).

Fuente: Morales 2018.

Cada hecho es particular, presenta sus propias características, circunstancia por la cual corresponde a cada abogado defensor, intervenir en defensa de su patrocinado, si fuese una mujer embarazada o un médico



como sujetos activos del delito, en defensa de los principios jurídicos del debido proceso, del derecho de defensa, de la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, entre otros. Derivado de ello, se considera que es el abogado defensor, el profesional que analizará cada opción más favorable para su cliente, en el entendido que lo expuesto en la gráfica anterior, solamente es una sugerencia de las posibilidades que la legislación procesal guatemalteca permite, en virtud que cada petición, depende de los juzgadores, la resolución del caso.

El tema de la legalización del aborto es un asunto muy complicado para definirlo matemáticamente, en cuanto a decir categóricamente sí o no al aborto. Ambas posturas, a favor y en contra del mismo tienen sus justificaciones y sus razones para apoyarlas. En ese sentido el abogado defensor; si bien es cierto debe tener su propia apreciación del tema, también es cierto que debe actuar objetivamente al frente de su patrocinada o su patrocinado y velar, como ya se dijo, por el respeto al principio del debido proceso, al de derecho de defensa, al de presunción de inocencia y al de tutela judicial efectiva, entre otros. No sería ético invocar precepto religioso o normas morales al momento de ejercer la defensa de los clientes, por una razón, el defensor está actuando ante un proceso penal, en consecuencia, solo se deben respetar las normas procedimentales; independientemente de su criterio o postura frente al tema.

Se estima que no es necesario una reforma a la legislación vigente con relación al tema del aborto, por considerar que la existente contempla todas las posibilidades en cuanto a comisión, las cuales tienen penas atenuadas, las cuales se puede asegurar que son justas, aun cuando las corrientes



abolicionistas, estiman que no debiera castigarse tal ilícito, por constituir un derecho de la mujer embarazada.

La normativa aplicable al delito analizado, contempla los abortos no punibles, como se expuso en este artículo, lo que significa que tales excepciones respetan la vida de la mujer, la vida del producto en gestación y los derechos humanos de ambos.

En el caso de la forma de resolver las posibilidades de procesamiento de sindicadas o sindicados; el Código Procesal Penal prevé salidas alternas favorables en todos los casos, dependiendo del profesionalismo y del conocimiento del proceso penal del abogado defensor y la observancia de las garantías constitucionales y procesales que dan cobertura al enjuiciamiento penal.

Se estima que ante todo debe prevalecer la vida del producto en gestación, así como la vida de la madre, como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala [Artículo 3], la Convención Americana sobre los Derechos Humanos [Artículo 4] y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos [Artículo 6]; también valorar y respetar la libertad de los sujetos activos, para el caso que se dicte auto de prisión preventiva como prevé el Código Procesal Penal [Artículo 259].



Referencias bibliográficas

- Swaggart, Jimmy. (1985). Aborto. El peor de los crímenes. Estados Unidos de América.
- De León Velasco, Héctor Aníbal y de Mata Vela, José Francisco, (2005) Derecho Penal Guatemalteco. Parte General. Guatemala.
- Fuentes, I. (2018) *Revista del Defensor. No. 12*. Guatemala

Diplomados

- Diplomado: “Derechos sexuales y reproductivos, violencia sexual”, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala –ICCPG- (2018)

Leyes

- Código Penal. (1973). Guatemala.
- Código Procesal Penal (1992). Guatemala.
- Constitución Política de la República de Guatemala. (1985). Guatemala.
- Convención Americana de los Derechos Humanos. (1969) Costa Rica.
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. (1966). ONU



Análisis de la iniciativa de Ley 5311: procedimiento especial de aceptación de cargos

Lic. Manuel Antonio Ochaeta De la Cruz

Consideraciones introductorias

Con fecha 16 de agosto de 2017 el pleno del Congreso de la República de Guatemala conoció y remitió a la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales, para su estudio y dictamen respectivo la iniciativa identificada con el registro número 5311 de la Dirección Legislativa, presentada por la Corte Suprema de Justicia ante dicho órgano legislativo con el fin de que sean aprobadas ciertas reformas al Código Procesal Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República.

La iniciativa de ley número 5311 se encuentra integrada por dieciséis artículos nuevos, incluyendo el de la vigencia, que de ser aprobada se incorporaría al Libro Cuarto del Código Procesal Penal, mediante la creación de un Título VI que ha de incluirse en el apartado de Procedimientos Específicos, identificándose el citado proyecto con el nombre de Procedimiento Especial de Aceptación de Cargos. A finales de noviembre de 2018 el pleno del Congreso de la República aprobó en tercera lectura la iniciativa de ley relacionada, por lo que a continuación deberá ser discutida



artículo por artículo, etapa en la cual podrán presentarse las enmiendas que los legisladores consideren apropiadas.

El citado procedimiento se pretende crear como mecanismo anticipado de solución al proceso penal, el sindicado acepta los cargos formulados y a cambio obtiene rebajas en las penas, aplicándolo a cualquier delito que no se encuentre contenido en los delitos de lesa humanidad, según la propuesta formulada por la Corte Suprema de Justicia. El Procedimiento Especial de Aceptación de Cargos otorgará beneficios a la persona sindicada, siempre que ésta acepte su responsabilidad por la comisión de un delito, de acuerdo a algunas condiciones que deberán ser establecidas y controladas por un juez; entre las cuales se incluyen las reparaciones a la víctima, la devolución total del patrimonio ilícitamente percibido y la obligación de declarar como testigo contra quienes hayan participado en la comisión de los delitos imputados.

En la iniciativa se establece que la aceptación de cargos se puede dar en el momento en que la persona queda ligada a proceso y hasta antes de la recepción de pruebas en la audiencia del debate, indefectiblemente dirigido por juez o tribunal competente, de acuerdo a la fase procesal que se desarrolla.

Si la imputación o acusación contempla varios cargos, la aceptación por parte del sindicado puede ser total o parcial, el juez o tribunal que conoce el caso le dará el curso procesal respectivo; en relación a los cargos no aceptados la causa seguirá el procedimiento común.



Los requisitos procesales mínimos para la aceptación de los cargos son:

- Debe existir una resolución judicial que comprenda una imputación o acusación, en la que el imputado pueda admitir o no la aceptación de cargos establecidos en la misma.
- Debe contarse con la asesoría de un profesional del derecho que vele por las garantías constitucionales del imputado, principalmente por el derecho de defensa.
- Las actuaciones están supeditadas al control judicial.
- El juez o tribunal que conoce de la aceptación de cargos debe interrogar directamente al imputado, para que éste manifieste que la decisión adoptada la ha realizado de manera libre, consciente, voluntaria y que ha sido suficientemente informado acerca del procedimiento especial.
- El imputado debe efectuar reparaciones a la víctima y, además, efectuar la devolución del patrimonio ilícitamente percibido.

El proyecto de ley contempla el derecho que tiene el procesado de retractarse de la aceptación de cargos, hasta antes de que el juez lo declare culpable al dictar sentencia. Con el objeto de garantizar el derecho de presunción de inocencia, si el imputado se retracta oportunamente, el proceso seguirá su curso por la vía común y en la fase a partir de la cual se está sustanciando, y, además, le corresponderá conocer del mismo a un juez distinto del que ha conocido la aceptación de cargos.

Procede el recurso de apelación contra la sentencia proferida con base en la aceptación de cargos; sin embargo, las partes solo tienen facultad para impugnar lo relativo a las garantías procesales, las penas, la libertad o si el



juez o el tribunal resuelve en forma contraria a los cargos y su respectiva aceptación.

La figura de la aceptación de cargos responde a pautas normativas de la política criminal del Estado de Guatemala, como una tendencia que deviene de doctrinas y ordenamientos jurídicos foráneos que incluyen el tema de la readaptación social y la reeducación de los reclusos, como parte de la justicia premial que aglutina esfuerzos orientados a disminuir el hacinamiento carcelario, mediante la reducción de las condenas, mejorar las condiciones de reclusión, producir mecanismos que posibiliten el cumplimiento del fin resocializador y rehabilitador de la sanción y proponer políticas adecuadas para un retorno propicio del condenado al entorno social.

“La aceptación de cargos es un recurso jurídico que pretende agilizar los procesos penales para garantizar el principio de justicia pronta y cumplida, así como descongestionar el sistema de justicia y penitenciario. Se basa en cuatro premisas clave: justicia, averiguación de la verdad, reparación digna a la víctima y garantía de no repetición. Cuando el acusado reconoce su responsabilidad ayuda a las autoridades a esclarecer el hecho, se compromete a reparar a la persona dañada, y promete no volver a cometer el delito por el que fue procesado. Si hay más involucrados en el



caso, el señalado también deberá testificar sobre lo que le consta al respecto... No podrán aceptar cargos las personas que reincidan ni se tendrá derecho a la conmutación de la pena impuesta o a la rebaja de esta. Tampoco quienes ya hayan sido condenados en sentencia firme.” (Plaza Pública, 2018)

En la actualidad el Código Procesal Penal guatemalteco no contempla la figura de aceptación de cargos como parte de la justicia premial, situación que es oportuno analizar racionalmente debido a la existencia de un alto índice de personas ligadas a proceso que se encuentran a la espera de debate oral y público, y muchas de ellas sometidas a una prolongada y agravante prisión preventiva, por la falta de mecanismos que posibiliten dotar de celeridad al proceso, ya que las medidas desjudicializadoras y el procedimiento abreviado se encuentran limitados a conocer delitos de exigua trascendencia.

“El reconocimiento por parte del imputado constituye sin duda alguna la esencia del allanamiento o de la manifestación voluntaria de aceptación de cargos, entendiéndola como una de las formas de terminación anticipada del proceso penal; es decir, mediante dicha aceptación se evita el desgaste de la administración de justicia en cuanto a que no se tiene que recurrir a un juicio oral para que el juez de la causa concluya o no la responsabilidad penal, sino



que una vez operado el allanamiento con el lleno de los requisitos legales y con su debida verificación, se da por superado el debate de la responsabilidad y se va inexorablemente a la emisión de una sentencia condenatoria” (Sarabia, J.C. 2013, pág. 3).

Antecedentes jurídicos del procedimiento especial de aceptación de cargos

Es notorio que en la sociedad guatemalteca continuamente se suscitan conflictos y controversias de orden político y social, que devienen regularmente en procesos penales que los órganos responsables de administrar justicia son incapaces de conocer y resolver con eficacia y prontitud; en consecuencia, debe recurrirse a la utilización de herramientas consistentes en beneficios y castigos, orientados los primeros a propiciar y premiar conductas basadas en el abandono de actividades criminales y en la colaboración con las autoridades, lo cual constituye el ideario básico del derecho premial.

“Nótese que uno de los instrumentos de justicia premial más comunes y antiguos es la política de recompensas. Este instrumento se constituye en una parte importante de la política criminal para el combate del delito y en una figura dirigida a estimular la delación para poder dar inicio a la persecución penal. No obstante, existen otras figuras premiales que se dan ya en el estadio del proceso,



que pretenden definir de manera previa al juicio la responsabilidad del imputado, de modo que este renuncie a tal garantía y obtenga rebajas para su pena por la colaboración o confesión de su culpabilidad.” (Manco López, Y. 2012).

Al abordar el tema de las recompensas como un elemento básico de la justicia premial, debe hacerse mención del antecedente más antiguo y conocido en el hemisferio occidental: el *plea bargaining*, práctica procesal que hace su aparición en los Estados Unidos de América a finales del siglo XIX, aplicándose gradualmente hasta que su ejercicio se generalizó en los años cincuenta del siglo XX; ahora el sistema *plea bargaining* ha irrumpido con su planteamiento cómodo y funcional en varios ordenamientos jurídicos de Iberoamérica, entre estos Guatemala; irrupción que vierte su influencia en la iniciativa de ley relativa a la aceptación de cargos, formulada por la Corte Suprema de Justicia, y que actualmente se encuentra en discusión en el Congreso de la República.

“... es necesario empezar por aclarar que *plea bargaining system* es el nombre que recibe el modelo de justicia penal negociada que se aplica en los Estados Unidos. En términos básicos es un modelo transaccional en el que las partes procesales negocian una terminación rápida del proceso penal mediante la aceptación temprana de la responsabilidad penal por parte del procesado, a cambio



de beneficios en términos del monto de la pena a imponer o de los cargos por los cuales se hará efectiva la condena.” (Quintero Jiménez, C.A. 2013)

En el sistema *plea bargaining* la negociación es fundamental para alcanzar los resultados que complazcan a las partes, mediante la utilización de mecanismos que simplifican el proceso penal se puede llegar a acuerdos que resuelven la controversia manifestada en la causa, y evitar de esta manera la celebración del juicio. En ejercicio de la justicia penal negociada el imputado reconoce su culpabilidad con la pretensión de lograr la reducción de la pena, el fiscal se libera de la carga que representa el escenario probatorio en el debate, el agraviado percibe cierta o una adecuada reparación al daño causado, la administración de justicia evita el diligenciamiento de un proceso oneroso y prolongado, además, obtiene información que puede resultar beneficiosa para la resolución del asunto litigioso o para casos conexos.

El texto anterior externa únicamente los aspectos positivos que conlleva la utilización del sistema *plea bargaining*, sin embargo, existen aspectos negativos que advierten muchas voces críticas de la sociedad estadounidense, que consideran a la justicia penal negociada como injusta e ineficiente, además, en el ámbito académico y de la jurisprudencia se alega que la práctica del sistema relacionado conculca relevantes principios sustantivos y procesales, entre estos el de legalidad e igualdad, además, el derecho a la tutela judicial efectiva resulta afectado porque no existen garantías de que en todos los casos la negociación ofrezca los mismos resultados, derivado principalmente del interés particular de las partes



que regularmente se impone en el polémico sistema de justicia penal negociada.

Análisis crítico de la normativa del proyecto de ley: procedimiento especial de aceptación de cargos

1.- El artículo 3 del proyecto de ley regula el trámite del referido procedimiento especial a partir de la aceptación de cargos, lo cual puede darse desde que la persona queda ligada a proceso, cuando rinde su primera declaración, y hasta antes de la recepción de pruebas en la audiencia del debate. La citada propuesta contempla desde la solicitud de audiencia al juez o tribunal que conoce la causa, hasta cuatro audiencias adicionales para resolver la aceptación de cargos; diligenciar de esta manera el procedimiento especial lo hace engorroso, lo que se traducirá en sobrecarga de trabajo para los tribunales del ramo penal que deberán diligenciar las audiencias descritas, aunado al hecho de que los plazos y actuaciones del procedimiento común se suspenderán hasta que se adopte una decisión definitiva.

Uno de los considerandos del Código Procesal Penal indica que debe garantizarse la pronta y efectiva justicia penal, con lo cual se asegura la paz, la tranquilidad y la seguridad ciudadana, así como el respeto a los derechos humanos; en tal sentido, si la Corte Suprema de Justicia tiene como objetivo combatir la mora judicial, agilizar los procesos, y que la población en general no padezca el retraso inveterado de las resoluciones emitidas por los titulares de los órganos jurisdiccionales, en la propuesta de reformas al Código Procesal Penal, debe priorizarse el diligenciamiento de una mayor cantidad de procesos y la pronta emisión de resoluciones,



que satisfagan los requerimientos de los usuarios del sistema de justicia penal; entre las providencias a implementar se encuentran la de reducir al mínimo necesario el número de audiencias en el trámite del procedimiento especial de aceptación de cargos, y a nivel general crear más órganos jurisdiccionales para que sustancien y resuelvan con prontitud las distintas causas.

2.- En lo referente a las restricciones a la rebaja de penas por aceptación de cargos, según el artículo 4 del proyecto de ley, se excluyen del citado beneficio a las personas responsables de la comisión de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, tortura y delitos contra los deberes de la humanidad; sin embargo, diferentes instituciones del sector justicia y asociaciones invitadas a participar en el debate previo a la aprobación de la iniciativa de ley, han propuesto que se agreguen a la exclusión para el otorgamiento del beneficio de rebajas de penas los siguientes delitos: contra la libertad e indemnidad sexual de las personas y trata de personas; extorsión, exacciones intimidatorias y obstrucción extorsiva de tránsito; delitos en los que la víctima sea un niño o adolescente, y, además, excluir aquellos delitos cuyas leyes especiales restringen este tipo de beneficios. Dichas propuestas tienen como propósito reducir la incidencia de casos en la mayoría de los ilícitos descritos, que en los últimos años han mostrado un incremento significativo, y que las conductas delictuales sean castigadas con penas racionales y proporcionales al daño causado.

Sin embargo, no es conveniente realizar una exclusión numerosa de delitos para el otorgamiento de rebaja de penas en el referido procedimiento



especial, porque tal pretensión desvirtúa los fines de la iniciativa de ley que pretende descongestionar la carga procesal en el conocimiento de numerosos expedientes penales y, a su vez, coadyuvar a la reducción del hacinamiento en los centros carcelarios del país; por lo tanto, es apropiado que se mantenga la propuesta presentada por la Corte Suprema de Justicia y que se expresa en el artículo 4 de la citada iniciativa.

3.- El proyecto de ley del procedimiento especial de aceptación de cargos no hace alusión a los beneficios de la redención de penas que trata la Ley del Régimen Penitenciario y su Reglamento, Acuerdo Gubernativo número 195-2017 del Ministerio de Gobernación; al respecto es conveniente señalar que de ser aprobada la iniciativa de ley referida, aquellos que purgan su condena y que han sido beneficiados con el procedimiento especial, pueden solicitar que se les otorgue redención de penas conforme a lo establecido en las disposiciones legales que regulan dicha materia, lo que significa que el tiempo decretado para purgar la condena se reducirá sustancialmente.

Esta situación beneficiará inicuamente a una gran cantidad de procesados, pues mediante el procedimiento especial de aceptación de cargos se concedería una rebaja sustancial en la pena impuesta, y transcurrido cierto tiempo el condenado solicitará la aplicación de algunos de los beneficios incluidos en la redención de penas, lo que finalmente ocasionará que el recluso cumpla una condena ínfima, lo cual atenta contra la función disuasoria que conlleva la sanción penal, no obstante las opiniones detractoras, mediante la imposición de penas se limita la proclividad a delinquir que



manifiesta cierto segmento de la sociedad, según lo expresado en las teorías de la prevención de la pena.

“Las teorías de la prevención sostienen que la función de la pena es motivar al delincuente o a los ciudadanos a no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos. Como puede verse, la prestación social del Derecho penal (la protección de bienes jurídicos) tiene una incidencia directa sobre el individuo a través de la motivación. Este efecto motivatorio (sic) puede recaer sobre todos los ciudadanos en general o solamente sobre el sujeto delincuente. Con base en estas dos posibilidades, la doctrina ha diferenciado dos formas distintas de prevención: la prevención general y la prevención especial.” (García Cavero, P. 2008)

Según criterio externado por la Corte Suprema de Justicia, el cual se encuentra incluido en el dictamen número 11-2017 del Congreso de la República, es pertinente incrementar el porcentaje de la rebaja de penas contenido en el artículo 4 de la iniciativa de ley número 5311, de la siguiente manera: a) si el procesado acepta los cargos durante la audiencia de primera declaración, tendrá derecho a que la pena se le rebaje en un cuarenta por ciento; b) si lo hace en el lapso comprendido entre la audiencia de primera declaración hasta antes que se dicte apertura a juicio, tendrá derecho a que la pena se le rebaje en un treinta por ciento; y c) si



lo hace después de la apertura a juicio hasta antes de iniciar la recepción de pruebas en la audiencia de debate, tendrá derecho a que la pena se le rebaje en un veinte por ciento, siendo este el único caso que concuerda con la iniciativa original.

De ser aprobada la propuesta formulada por la Corte Suprema de Justicia de incrementar el porcentaje de la rebaja de penas por aceptación de cargos, que enmendaría el artículo 6 del proyecto de ley, resultaría redundante y contraproducente para la sociedad y el sistema de justicia penal guatemalteco otorgar los beneficios de la redención de penas, que contempla la Ley del Régimen Penitenciario y su Reglamento, a las personas favorecidas con el procedimiento especial de aceptación de cargos.

4.- Debe analizarse con detenimiento el artículo 11 de la iniciativa de ley, en lo concerniente a la obligación que adquiere el procesado de declarar como testigo en los casos seguidos por los delitos aceptados y conexos, porque al admitir que es responsable de la conducta punible que se le imputa, renuncia al derecho de no autoincriminación, sin embargo, al requerirle el Ministerio Público que declare en la audiencia respectiva, el procesado puede negarse a prestar declaración contra su cónyuge o persona unida de hecho legalmente, y contra sus parientes dentro de los grados de ley, invocando lo estatuido en los artículos 16 de la Constitución Política de la República y el 212, numeral 1, del Código Procesal Penal; por lo tanto, en el artículo 11 de la iniciativa de ley relacionada es conveniente agregar que cuando el procesado sea requerido por el Ministerio Público a declarar como testigo, le sea facultativo acogerse al derecho de



no declarar contra su cónyuge o persona unida de hecho legalmente, ni contra sus parientes dentro de los grados de ley.

En lo relativo a la obligación de declarar como testigo es conveniente establecer el plazo del citado compromiso en cinco años, el cual inicia a partir de la sentencia dictada por el juzgador; y, además, es oportuno que el beneficiado con la ley de aceptación de cargos asuma la obligación de aportar evidencias al Ministerio Público o al órgano jurisdiccional competente, conforme a sus posibilidades y al rol que ha desempeñado en la comisión del acto delictual, con el fin de lograr el esclarecimiento de los hechos controvertidos.

5.- El artículo 12 del proyecto de ley analizado, establece que no podrá concederse rebaja de penas por aceptación de cargos a los imputados o acusados, hasta tanto no hayan hecho reparación digna e integral a las víctimas o agraviados, en sus componentes de indemnización, restitución, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición, según corresponda. Previo a concederse una rebaja de penas por aceptación de cargos a los imputados o acusados; por excepción, cuando las condiciones socioeconómicas y familiares del procesado le impidan cumplir el componente económico de la reparación en un solo acto, podrá celebrar con las víctimas un convenio de pago del remanente, es decir que puede cancelar el monto de la reparación digna a plazos, dicho convenio debe ser incluido en la sentencia y constituirá título ejecutivo, con miras a exigir el cumplimiento de la obligación por la vía civil.



Sin embargo, la citada condición beneficiará principalmente a las personas que poseen capacidad económica para efectuar la reparación digna, es evidente que los procesados que cuentan con recursos pecuniarios suficientes para pagar una restitución a las víctimas o agraviados no padecerán los apuros que son habituales entre las personas cuya situación económica es precaria, quienes corren el riesgo de quedar excluidos o que les sea revocado el beneficio concedido por la aceptación de cargos; en un país como Guatemala, donde la mayoría de la población vive en condiciones de pobreza y extrema pobreza, la posibilidad de ser beneficiado con una rebaja de penas mediante el procedimiento especial quedará limitada a un pequeño grupo de procesados que solucionar su situación legal no constituye óbice alguno, al cumplir holgadamente con el deber de la reparación digna e integral a las víctimas o agraviados, y, además, con el reintegro total del incremento patrimonial alcanzado como fruto del delito, ya sea en beneficio propio o de terceros.

Derivado del análisis realizado a la iniciativa de ley número 5311 relativa al Procedimiento Especial de Aceptación de Cargos se concluye que la misma pretende descongestionar el sistema de justicia mediante la terminación anticipada de los procesos penales, garantizando el principio de justicia pronta y cumplida, otorgando beneficios a la persona sindicada, siempre que acepte su responsabilidad en la comisión del delito, conforme a algunas condiciones que deberán ser establecidas y controladas por un juez, las cuales han sido analizadas en el presente artículo; con el fin de lograr una efectiva y acertada implementación del procedimiento especial de aceptación de cargos debe reducirse al mínimo necesario el número de



audiencias en el trámite del mismo, y a nivel general deben crearse más órganos jurisdiccionales para que sustancien y resuelvan con prontitud las distintas causas.

El otorgamiento de beneficios penales como mecanismos que logren disminuir el hacinamiento carcelario, constituye otro de los objetivos que se persigue con la implementación del procedimiento especial de aceptación de cargos, porque es sabido en el ámbito forense y penitenciario que fijar penas racionales, sin excederse en el tiempo de encarcelamiento, constituye el método más adecuado para lograr la readaptación social y la reeducación de los reclusos, además, como medida accesoria los jueces deben limitar la prisión preventiva en los límites indispensables que aseguren primordialmente la presencia del imputado en el proceso.

En lo referente al deber que se le impone al procesado de realizar una reparación digna e integral a las víctimas o agraviados, en sus componentes de indemnización, restitución, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición, según corresponda, además de reintegrar totalmente el incremento patrimonial alcanzado como fruto del delito, previo a concederse una rebaja de penas por aceptación de cargos, se constata claramente que la iniciativa de ley presentada ante los legisladores beneficiará en gran medida a las personas que poseen capacidad económica para cumplir con sus obligaciones de tipo pecuniario; por lo que se hace necesario incluir en la iniciativa de ley opciones que permitan a los procesados de escasos recursos económicos acceder a los beneficios que concede el procedimiento especial de aceptación de cargos, al asumir el compromiso de reparar el daño causado.



Una de las opciones que puede incluirse en el proyecto de ley, respecto a la reparación digna, consiste en la obligación de prestar servicio comunitario por el tiempo que determine el juez o tribunal sentenciador, bajo la estricta vigilancia del juez de ejecución, siempre y cuando los medios probatorios demuestren que el procesado o acusado no cuenta con los recursos económicos necesarios para cubrir la indemnización; sin embargo, la víctima o agraviado, previo a autorizarse judicialmente la prestación del servicio comunitario, debe manifestar su conformidad con el otorgamiento de dicha medida, con el fin de evitar la transgresión de los derechos de reparación digna que le asisten a los perjudicados por la comisión del delito.



Referencias bibliográficas

- Congreso de la República de Guatemala, 2017. Dictamen número 11-2017 de la iniciativa de ley número 5311 que dispone aprobar reformas al Decreto número 51-92 del Congreso de la República, Código Procesal Penal.
- García Cavero, Percy. Acerca de la Función de la Pena, Perú, 2008. [https://unifr.ch/ddp1/derecho penal/articulos/a_20080521_80.pdf](https://unifr.ch/ddp1/derecho%20penal/articulos/a_20080521_80.pdf)
- Manco López, Yeison. La Verdad y la Justicia Premial en el Proceso Penal Colombiano, número 153, Colombia, enero 2012. de Derecho
- Plaza Pública, Ley de Aceptación de Cargos: admitir responsabilidad para reducir la pena, Guatemala, 12/6/2018. <https://www.plazapublica.com.gt/.../ley-de-aceptacion->
- Quintero Jiménez, Camilo Alberto. La Justicia Penal Negociada en Estados Unidos y Colombia. Estudio comparado desde una perspectiva de Cultura Jurídica. Universidad Nacional de Colombia, 2013. bdigital.unal.edu.co/39896/1/6699871.2013.pdf
- Sarabia Castilla, José Carlos. “El allanamiento: manifestación voluntaria y unilateral de aceptación de cargos.” Revista CES Derecho. Medellín, Colombia. Volumen 4, número 1, enero – junio 2013. Página 3. revistas.ces.edu.co



Leyes

- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Código Procesal Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República.
- Ley del Régimen Penitenciario, Decreto número 33-2006 del Congreso de la República.
- Reglamento de la Ley del Régimen Penitenciario, Acuerdo Gubernativo número 195-2017 del Ministerio de Gobernación.





La interpretación del neoconstitucionalismo en materia penal

Dra. Ivette Amarilis Joaquin Amaya

1. Neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo, es una doctrina relativamente moderna que históricamente surge poco después de la segunda guerra mundial, especialmente con la constitución italiana (1947), alemana (1949), con la redemocratización y reconstitucionalización de Portugal (1976) y en Latinoamérica en Brasil posteriormente a la constitución de 1988. El neoconstitucionalismo ha encontrado estudiosos, que propagan sobre su aplicación como nueva doctrina en la interpretación constitucional, entre ellos puede mencionarse a Robert Alexy, Ronald Dworking, Gustavo Zagrebelsky, Luis Roberto Barroso, Carlos Nino, Carlos Bernal Pulido, Luis Pietro Sanchis, Luigi Ferrajoli.

Pietro Sanchís (2002), ha indicado: que el neoconstitucionalismo parte de una serie de presupuestos jurídico-políticos, el cual se desarrolla en el marco del Estado Constitucional de Derecho, sus rasgos esenciales son: a) El reconocimiento de la plena fuerza



normativa de la Constitución; b) La rematerialización constitucional: la incorporación al texto de un denso contenido material de principios y derechos fundamentales; c) Garantía judicial de la Constitución, d) Rigidez constitucional”. (p. 201).

Se habla entonces en el neoconstitucionalismo de un nuevo Estado de Derecho, en donde prevalece la constitución y sus principios, siendo esta doctrina contrapuesta a la doctrina positivista que se basa en una interpretación de carácter legal referente a normas jurídicas o reglas. De ahí podemos precisar una diferencia interpretativa entre ambas doctrinas.

Cambio de tesis en la definición del Derecho:

Indica el autor Pietro Sanchis: “En tanto el positivismo sostiene la separación entre el derecho y la moral, el neoconstitucionalismo plantea la tesis de la necesaria vinculación entre derecho y moral”. (Pietro Sanchis, Constitucionalismo y positivismo, 1999, p. 122).

- Mayor complejidad del derecho

El Derecho se hace más complejo, por la evolución sin pausa de los derechos fundamentales, por la concurrencia de los principios y sus relativos márgenes de indeterminación para la resolución de conflictos constitucionales. Antes el Derecho podía ser definido como un sistema de reglas, en el cual la subsunción era la tarea sustancial del juez. Hoy, el Derecho es igual a valores, principios, y directrices, que concurren en forma conjunta con las reglas, normas jurídicas y leyes en la solución de los conflictos.



Por ello en el neoconstitucionalismo, el juez debe ser creativo, argumentar en base a los valores, principios y no solo resolver indicando lo que dice la norma, implica una labor de interpretación, análisis, argumentación, existiendo mayor complejidad en la normativa jurídica.

- Plena vigencia de los Derechos Fundamentales y reposición del rol de los jueces constitucionales

El neoconstitucionalismo plantea un reposicionamiento en el papel que ejercen los derechos humanos en los países constitucionales, porque esta nueva doctrina busca garantizar su plena aplicación. La tarea interpretativa de los jueces de dichos órganos debe significar una materialización de los derechos fundamentales demandados, naturalmente concediendo tutela cuando corresponda. En ese orden de ideas, deviene pertinente reforzar la labor de los mismos y en esa línea, el neoconstitucionalismo presta un apoyo invaluable al constituir, como nuevo planteamiento en la teoría del Derecho, un medio invaluable para la defensa de los derechos fundamentales.

En el caso de Guatemala por mandato Constitucional se crea un tribunal permanente cuya función esencial es la defensa del orden constitucional, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 268 de la Constitución Política de la República de Guatemala. En consecuencia le corresponde la interpretación de la Constitución debiendo en base al modelo neoconstitucionalista, ejercer una interpretación como ha denominado la autora Susanna Pozzolo, en base a la especificidad, no limitándose únicamente a las normas o como lo ha dicho el autor Montesquieu en aquella famosa



frase: “de que el juez era solamente la boca que articulaba o pronunciaba las palabras de la ley, derivando de que los decretos de la Asamblea Revolucionaria francesa les prohibía a los jueces interpretar las leyes”.

Desde un punto de vista ideológico que se ha estudiado el neoconstitucionalismo, se promueve una función activa ejercida por el poder judicial por medio de los Jueces y Magistrados, un reposicionamiento en el papel que ejercen, que tutele los derechos humanos para lograr su plena vigencia en la práctica.

- Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y más principios que reglas

En base al principio de supremacía constitucional, rige la Constitución en todas las áreas del ordenamiento jurídico, debiendo las normas infraconstitucionales sujetarse a esta norma fundamental. La Constitución de Guatemala regula en los artículos 44, 175 y 204 el principio de supremacía constitucional: Jerarquía Constitucional. Como lo ha indicado el autor Dworking, la interpretación constitucional debe ir más allá que solo la interpretación y aplicación de las normas, es necesario aplicar principios porque los mismos llevan al juez a tomar una decisión más justa, en base a una argumentación.

En la concepción tradicional las reglas se refieren a las normas jurídicas. “Se diferencia la solución de los problemas fáciles y difíciles para la solución de los primeros, basta la subsunción, es decir, la inserción de los supuestos de hecho dentro de la norma y en tal sentido, se produce



un decisorio que viene a ser la manifestación tangible de la aplicación de la ley. Pero a su vez también concurren en el derecho muchos problemas difíciles, a los cuales no les basta la presencia de la ley y respecto de los cuales, los principios generales del derecho constituyen solo parte de un marco aplicativo integrador, en dichos casos complejos, vamos a tener necesidad sustantiva de acudir a criterios interpretativos, en los cuales los principios van a desempeñar un rol sustancial” (Dworking, 1984, p. 146).

- Más ponderación que subsunción

Se habla de subsunción en el tradicional silogismo aristotélico de una premisa mayor, usualmente referida a la norma, una premisa menor, vinculada a cuestiones fácticas, y una conclusión, que involucra la transposición de los hechos en los supuestos de las normas. Se habla de ponderación, cuando partimos de la manifiesta insuficiencia de la ley y cuando recurrimos, convencidos, a la fórmula de que los principios expresan valores más allá de la norma y cuando nos percatamos, de la misma manera, que podemos hacer un ejercicio argumentativo sólidamente vinculado a la defensa de los derechos fundamentales como mecanismos extraordinarios de defensa de los principios, valores y directrices que emanan de la Carta Magna.

- Coexistencia de una constelación plural de valores en lugar de homogeneidad ideológica

El autor Juan Antonio García Amado, dentro del proyecto de investigación bajo el título de Teoría del derecho y proceso. Sobre los fundamentos



normativos de la decisión judicial estudia el tema sobre neoconstitucionalismo y cita al autor Durig quien puntualmente indica:

En la conciencia de que la vinculatoriedad y fuerza obligatoria de una Constitución también y en última instancia sólo puede fundarse en valores subjetivos, el legislador constitucional, una vez que la referencia a Dios como el origen de todo lo creado pudo ser mantenida, ha hecho profesión de fe en el valor moral de la dignidad humana. Mediante tal asunción del valor moral de la dignidad humana en la Constitución Positiva, este valor se ha hecho al mismo tiempo, precisamente desde el punto de vista del derecho positivo, valor jurídico, de manera que su consideración jurídica es mandato jurídico-positivo. (García/s. f).

1.2 Los principios generales del derecho como mandatos de optimización en la teoría de Robert Alexy

Se considera por el autor Robert Alexy, que la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas reales y existentes, siendo considerados los principios como mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de posibilidades jurídicas es determinado por los principios y



reglas opuestos y en cambio las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no.

Ello deviene que Robert Alexy, (1997). Defienda la necesidad de un discurso racional aplicado a la argumentación jurídica, expresa que dicha exigencia es válida no solamente en el plano teórico, sino fundamentalmente en el plano práctico, pues dicho aspecto es el único que garantiza el carácter científico de la jurisprudencia y la legitimidad de las decisiones judiciales... (p.147).

Es decir que parte el autor Robert Alexy, de la distinción fundamental en que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos mientras que los principios son mandatos de optimización, porque requieren en su aplicación un análisis argumentativo, no solo de aplicación, sino de interpretación, porque ordenan que algo deba ser cumplido, pero en las medidas de las posibilidades, tanto jurídicas como fácticas lo permitan. Esto implica que los principios son susceptibles de ponderación y además la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios, en cambio, las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son, si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenando hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos.

1.3 Importancia de la distinción entre principios y reglas

Para la teoría de los derechos fundamentales es importante hacer una distinción entre principios y reglas, tema que en la teoría del derecho ha sido



objeto de estudio por diversos autores, pero específicamente destaca el debate y estudio sobre el tema por el autor Robert Alexy. Desde el punto de vista del autor en su libro titulado “Derechos fundamentales”, hace distinción a los principios y reglas desde varios puntos de vista.

Se considera que, tanto los principios como las reglas son normas, porque “tanto las reglas como los principios dicen lo que debe ser, al poder ser formulados con expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición, los principios al igual que las reglas son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente, la distinción entre reglas y principios es una distinción entre dos tipos de normas.

De dicha distinción se pueden desprender tres elementos relevantes sobre los principios: el primero se refiere a la ausencia de supuestos y consecuencias jurídicas en éstos, lo cual genera su amplia indeterminación; el segundo se relaciona con la comprensión de los principios como criterios rectores generales de actuación y no como operadores deónticos, como sería el establecimiento de una obligación, prohibición o permisión; y el tercero se refiere a la posibilidad de coexistencia en el orden jurídico de principios opuestos, sin que puedan catalogarse como excluyente o como una excepción a alguno de ellos. (Romero Martínez s.f., p.38)



1.4 La Interpretación por principios desde el punto de vista de la autora Susanna Pozzolo

La autora Susana Pozzolo (1998), partidaria de la doctrina constitucional denominada neoconstitucionalismo. “indica que lo que distingue a la doctrina neoconstitucionalista es la adopción de un peculiar modelo constitucional denominado modelo axiológico de la constitución concebida como moral”. (p. 1). Analizando este modelo en base a las siguientes características:

a) Principios versus normas: hace referencia que el ordenamiento jurídico se integra de principios y normas. Debiendo los jueces aplicar los principios en su interpretación y argumentación jurídica, los cuales deben estar orientados a buscar la justicia.

b) Ponderación versus subsunción: Los principios aplicables en el modelo neoconstitucionalista, requieren un método de ponderación o balanceo, el cual consta específicamente de tres pasos: “a) en primer lugar, una operación interpretativa tendente a localizar los principios aplicables al caso concreto; b) en segundo lugar, los principios son internamente sopesados para ponerlos en relación jerárquica, prevaleciendo el principio de mayor peso sobre el principio de menor peso; c) en tercer lugar, se refiere a que la jerarquía axiológica se caracteriza por no encontrarse construida en abstracto, sino en concreto.” (Aario, 2000, p. 4).

c) Constitución versus independencia del legislador: El contenido de la Constitución condiciona la validez de las leyes inferiores.



d) Jueces versus libertad del legislador: Este modelo hace referencia al abandono del método de subsunción y a la interpretación de las disposiciones constitucionales, en base a las exigencias de justicia del caso.

Desde el punto de vista de la autora Susanna Pozzolo, el modelo neoconstitucionalista, implica una nueva forma de interpretación constitucional la cual es distinta de una interpretación de la ley, refiriéndose a las leyes jerárquicamente inferiores, por ello la doctrina moderna pretende la aplicación de una especificidad en la interpretación constitucional. Dentro de las características que distinguen están:

- a) peculiaridad del sujeto: En el sistema concentrado puede hablarse que existe una especificidad de la interpretación constitucional, toda vez que un solo órgano tiene a su cargo la interpretación y aplicación de la ley.
- b) efectos peculiares de las sentencias del juez constitucional: En el sistema de control concentrado los efectos de la aplicación del texto constitucional son erga omnes y en el sistema difuso los efectos son inter partes.
- c) peculiaridad de las técnicas interpretativas: lo que distingue la interpretación constitucional son las técnicas argumentativas, motivando decisiones en base a argumentos de principio y argumentos de justicia.
- d) Especificidad del objeto: se refiere a que el objeto de interpretación será la constitución. (Aario, 2000, p. 36)



Sin embargo la jurista Pozzolo, reconoce que la interpretación específica de la Constitución puede generar varios problemas, entre otros indica los siguientes: El poder judicial actúa como contrapeso a la función del poder legislativo porque garantiza la tutela de los derechos, pero la interpretación propuesta por el neoconstitucionalismo lleva a una interpretación no circunscrita en base a normas, sino por el contrario en base a principios, los cuales puede generar el problema manifiesta la autora Pozzolo, de hablarse de principios supraconstitucionales o en el peor de los casos dejar abierta la posibilidad de un gobierno de los jueces.

En relación a este análisis el autor Guastinni, citado por la autora Susana Pozzolo (2000) indica.

Se habla de una democracia participativa y representativa, pero la misma que razón de ser tendría, si el juicio moral del juez individual es más justo que lo que establecen las normas constitucionales.... Se presenta además un problema fundamental para el constitucionalismo moderno: Quien controla al controlador y desde el momento en que el juez es un libre intérprete incluso moral de derecho, que garantía tiene el ciudadano.” (p. 350).

Se difiere de lo indicado en relación a los problemas mencionados por la autora Pozzolo y el autor Guastinni, que en el modelo neoconstitucionalista no puede hablarse de un gobierno de los jueces, que aplican de manera antojadiza y desde su punto de vista interpretan los principios,



porque pensar en ello, implicaría reconocer un sistema de justicia despótico, tirano, sin garantías a favor de los sujetos procesales, porque el juez en su interpretación debe ser prudente y justo, aplicando los principios, valores, normas.

1.5 Interpretación por principios en la doctrina Ronald Dworkin

A diferencia de la doctrina positivista que señala que el ordenamiento jurídico únicamente se encuentra integrado de reglas o normas y el considerar que el derecho solo lo constituye un conjunto de normas es una visión unilateral que lo explica; y en cambio los principios y directrices políticas no son identificables o existe un listado taxativo que se identifica por su contenido y fuerza argumentativa. Las directrices hacen referencia a objetivos sociales que se deben alcanzar y que se consideran socialmente beneficiosos mientras que los principios hacen referencia a la justicia y a la equidad.

En otras palabras, la directriz se refiere a una norma que propone un objetivo de tipo social, político o económico mientras que un principio a una exigencia de justicia, por ello los principios tienen mayor peso. Las reglas en cambio son proposiciones que obligan, prohíben o permiten, son de aplicación silogística, porque cuando se dan las circunstancias previstas se produce las consecuencias.

Ronald Dworkin (2000) ejemplifica para explicar lo relativo a los principios: el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito. El cual no establece condiciones necesarias para



su aplicación pues solo enuncia un parámetro directivo, pero no exige una particular determinación. Así, es muy posible que dicho principio y en general los principios no se apliquen en determinadas circunstancias; pero ello no comporta que no sean principios del sistema jurídico (recuérdese que muchos principios pueden ser limitados temporalmente por prevalencia de otros principios con base en consideraciones pueden ser superados en ambos contextos), en resumen se puede afirmar que los principios tienen una dimensión de peso o importancia que no poseen las reglas que utilizan el método de exclusión . (p. 44)

1.6 Ejemplo de aplicación de principios en el Caso de Riggss contra Palmer, emitido por el Tribunal de New York, expuesto por Ronald Dworkin en su libro titulado Los Derechos en Serio

De manera concreta menciona el autor Ronald Dworkin, un caso típico de aplicación de principios, en un caso resuelto en el año 1889, por el Tribunal de Apelación de New York, la primera parte de su obra denominada Los Derechos en Serio. En el caso expuesto por Ronald Dworkin, se discutió en aquella época, acerca de si un nieto de nombre Elmer E. Palmer, quien asesinó a su abuelo de nombre Francis B. Palmer, podría heredarle. Existiendo una discusión entre los jueces sobre si es procedente aplicar la ley que guarda silencio y la búsqueda de principios de justicia e intereses superiores que permitirían la entrega de la herencia a otros



familiares; esta segunda opción fue aceptada por el juez Earl, quien rechazaba la interpretación estricta de las normas.

El fundamento esencial de la apelación, la cual conoció el Tribunal de Apelación de New York, se basaba en la máxima general y fundamental del Common Law “A nadie se le debe permitir beneficiarse de su propio fraude o tomar ventaja de su propio error, fundamentar cualquier demanda sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad sobre la base de su propio crimen”. En base a principios de justicia y equidad, el Tribunal de Apelación de New York resolvió que, a Elmer Palmer, se le prohibía disponer de la herencia dejada por el testador, derivado del crimen que cometió sobre su abuelo y en consecuencia la herencia correspondía a las demandantes.

Puede en consecuencia analizarse que el caso expuesto y resuelto por el Tribunal de New York entre Riggs Vs. Palmer diciendo que es un típico ejemplo de aplicación de principios en lugar de interpretación de reglas, porque si se hubiera resuelto aplicando las reglas, en consecuencia, el nieto hubiera tenido derecho de acceder a la herencia de su abuelo y por ello este caso judicial es resuelto en base a principios y no a normas. Porque durante la sentencia emitida el Tribunal, se hizo siempre la pregunta si el nieto tenía derecho a la herencia por las normas de derechos civil y la respuesta para el Tribunal de Apelación de New York aplicando una interpretación en base al principio de que nadie se puede favorecer de su propio dolo, dicho principio prevaleció sobre las reglas de sucesión del derecho civil.



1.7 La obligatoriedad de la interpretación en base a principios según la doctrina neoconstitucionalista

Como se ha venido estudiando la interpretación y argumentación ha adquirido un papel fundamental que deben de tomar en consideración los jueces y magistrados, en defensa de los derechos fundamentales. Porque se demandada una aplicación de justicia desde la perspectiva constitucionalista y por medio de una nueva doctrina de interpretación constitucional como ha sido la doctrina del neoconstitucionalismo.

En Guatemala la Constitución Política de la República de Guatemala, parte en un sistema de jerarquía de normas, que, siendo la norma fundamental del Estado, deben obligadamente los jueces y magistrados observar en toda resolución que emitan la supremacía constitucional, por lo cual todo el ordenamiento jurídico debe estar acorde a la misma, se habla de la fuerza normativa de la Constitución. Por ello la doctrina neoconstitucionalista plantea como partida el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y la aceptación de que la misma se encuentra integrada de principios y valores.

La función e importancia de los principios en el ordenamiento jurídico guatemalteco deviene que los mismos establecen o proporcionan criterios para resolver determinadas situaciones, por ello se habla de que cada caso concreto no esta resuelto de antemano, y aplicando los principios que en palabras del autor en mención lo constituyen los derechos fundamentales he ahí una de las principales importancias, pero no la única porque para evitar la incertidumbre y el arbitrio en su aplicación se requiere que los



juzgadores motiven o razonen sus decisiones, al tener que emitir un cúmulo de razones que justifican su decisión en base a principios.

Pero es importante aclarar que los principios que son aplicados por la doctrina neconstitucionalista, son los derechos fundamentales contenidos en la parte orgánica como aquellos principios que sin estar contenidos en la parte dogmática de la Constitución y que se encuentran en la parte orgánica al constituir pilares fundamentales en la toma de decisiones políticas fundamentales para el mantenimiento de un Estado democrático.

Habiendo concretado la importancia y función de los principios en Guatemala, se explicará cómo se aplican en la doctrina neoconstitucionalista. Dejando claro que la doctrina neoconstitucionalista parte de la fuerza normativa de la Constitución y el reconocimiento en base a principios y valores contenidos dentro de la norma constitucional, la función de aplicación corresponde a los operadores de justicia y se aplica por medio de una técnica diferente de interpretación constitucional, partiendo de principios que como se ha indicado son los derechos fundamentales, que cumplen con la obligación del Estado de proporcionar justicia a la población por medio de decisiones más justas.

Son aplicados en la doctrina neoconstitucionalista, por medio de una operación de ponderación de los principios el cual es aplicado al caso concreto. En Guatemala como se ha venido analizando ha sido en los últimos años aplicado por la Corte de Constitucionalidad, quien analiza y aplica diversos principios, de los cuales algunos se plasmaron como una muestra de su existencia, la argumentación que es fundamental, porque no es un



trabajo de interpretación de supuesto de hecho, derecho y consecuencia jurídica como sería un sistema de tipo positivista con aplicación de reglas, porque se demanda un cambio de paradigma y una nueva forma de ver la Constitución, porque de antemano no se sabe la forma de resolver en cada caso concreto.

Verbigracia, actualmente los jueces de primera instancia en su mayoría, interpretan que los delitos que no gozan de medida sustitutiva en cuanto al sentido literal de las palabras, son los indicados en el artículo 264 del Código Procesal Penal Guatemalteco, en relación a procesos instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales, o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado y hurto agravado, también quedan excluidos de medidas sustitutivas los delitos comprendidos en el Capítulo VII del Decreto No. 48-92 del Congreso de la República. Ley contra la Narcoactividad.

La interpretación que realizan en su mayoría de jueces de primera instancia en audiencia de primera declaración es el no otorgamiento de medidas sustitutivas, porque ante la interpretación literal no es procedente otorgar y por imperativo legal decretan auto de prisión preventiva, fundamentándose en el artículo 13 de la Constitución Política de la República y 259 del Código Procesal Penal. Sin embargo, se considera que con el nuevo modelo de interpretación constitucional denominado neoconstitucionalismo, que se estima no implica una modificación del positivismo, se basa en la resolución de un caso o conflicto de intereses por parte del juez no



solo en la norma, debe ir mucho más allá de circunscribir su interpretación a la misma.

En el nuevo método de interpretación constitucional propuesto por el neoconstitucionalismo, se busca alejarse del método tradicional de subsunción, que implica una forma mecánica o una fórmula matemática y únicamente debe aplicarse lo que dice la ley, ello lleva a que los juzgadores basen sus decisiones únicamente en la ley, sin mayor análisis o argumentación, mientras que basando la interpretación en la ponderación debe ir más allá que solo lo establecido en la ley, analizando y argumentando en base a principios, valores, y en defensa de los derechos fundamentales. Sin embargo, la aplicación de los principios debe llevar siempre a una jerarquía entre los mismos cuando los dos o varios pueden ser aplicados en la resolución de un conflicto.

1.8 Ejemplos de aplicación por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala del modelo neoconstitucionalista

- Primer caso: Sentencia de fecha 25 de mayo de 1993. Corte de Constitucionalidad

La primera resolución que se analiza es de fecha 25 de mayo de mil novecientos noventa y tres emitida por la Corte de Constitucionalidad. Se consideró estudiar la misma porque la Corte de Constitucionalidad de oficio y en defensa del orden constitucional, aplicó un sistema de principios para poder tomar una decisión ajustada a la normativa constitucional ante la vigencia del Decreto emitido por el Gobierno de Jorge Serrano Elías en Consejo de Ministros, disolviendo los poderes del Estado.



Esta resolución es un claro ejemplo de aplicación de la doctrina neoconstitucionalista por medio de la interpretación en base a principios, se mencionan los principios de supremacía y de legalidad, contenidos en los artículos 44, 175 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala, motivando la resolución de la obligación que existe de la observancia en toda decisión de que en la cúspide del ordenamiento se encuentra la Constitución como norma fundamental.

Así mismo se hace referencia al principio de legalidad y al principio de sujeción de los poderes al derecho contenido en el artículo 152 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Entonces, en esta resolución se estima que existió aplicación del modelo neoconstitucionalista y un ejemplo diferente de interpretación de las normas en base a la onnipresencia constitucional, la interpretación en base a más principios que reglas y la misma Corte de Constitucionalidad, hace alusión dentro de sus argumentos que para hacer efectivos estos principios, se han establecido en la norma constitucional garantías contraloras a los actos contrarios al derecho y en defensa del orden constitucional, resuelve declarar inconstitucional las normas temporales de gobierno emitidas por el entonces presidente de la República de Guatemala, Jorge Serrano Elías.

- Segundo caso: Sentencia de Apelación de Amparo. Expediente 3796-2009

El segundo caso de ejemplo de aplicación del modelo neoconstitucionalista, es la sentencia de apelación de amparo de fecha veintidós de septiembre



del año dos mil nueve, emitida por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente número 3796-2009.

La acción constitucional fue interpuesta por el señor Pilar Ramiro Flores Monterroso en contra de la Asociación de Vecinos de la Colonia Valle del Atlántico.

Es un segundo caso de aplicación del modelo neoconstitucionalista por medio de la aplicación en base a principios emitida por la Corte de Constitucionalidad, existe interpretación de los principios constitucionales:

- Aplicación e interpretación desde la Constitución Política de la República de Guatemala.
- Motivación de decisión constitucional en base a ponderación de principios fundamentales: libertad de locomoción y seguridad de los vecinos de la Colonia Valle del Atlántico.

Existe ponderación de principios fundamentales:

- Existe resolución emitida por la Municipalidad de Guatemala en donde se autoriza la construcción de una garita en el ingreso a la Colonia Valle del Atlántico.
- La interponente acredita que sus viviendas residen en el interior de la residencia ubicada Colonia Valle del Atlántico, en donde indica que se le limitan derechos fundamentales, porque no se le permite el ingreso y se restringe su derecho de vivienda y libre acceso a la misma, su derecho al trabajo.



- La Corte de Constitucionalidad analiza que son evidentes los hechos justificativos que motivan a la autoridad impugnada construir con el consenso de la mayoría una garita de ingreso y salida de peatones y vehículos, como una medida de protección contra la delincuencia, pero también se valora el que la Asociación impida el acceso del impugnante con sus medios de transporte y que tienen libre acceso, para circular dentro de la colonia y ello atenta contra la libertad de locomoción, industria, comercio y trabajo y que la Asociación realiza un acto arbitrario al no tomar en cuenta el interés del postulante, específicamente en cuanto a su derecho al trabajo, y toda vez que el ejercicio de libertad para transitar que posee el accionante no puede ser objeto de limitaciones y que la Asociación no tiene potestad administrativa para emitir disposiciones de policía.

Con los argumentos indicados la Corte de Constitucionalidad valoró el derecho que tenían a seguridad los vecinos de la Colonia Valle del Atlántico, pero que el colocar una garita de acceso no debía ser impedimento para limitar el derecho al trabajo, libertad de locomoción y vivienda que asisten al interponente, ante la aplicación en base a principios y ponderación entre ambos es un segundo caso de aplicación una interpretación en base a principios, porque no hay una norma específica que se aplique sino una ponderación ante el caso en conflicto y sobre todo motivación de la decisión de la Corte de Constitucionalidad.



Referencias bibliográficas

- Alexy, Robert. *“Teoría de la Argumentación Jurídica”* Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997.
- Dworkin, Ronald. *“Los Derechos en Serio”*. Ariel, Derecho, España 1997.
- Pietro Sanchis, Luis. *“Constitucionalismo y Positivismo”*. 2da edición. Fontamara. México. 1999.
- Pozzolo, Susana. *“Neoconstitucionalismo y la especificidad en la Interpretación Constitucional”*. Revista Doxa. Número 21. Volumen II. Universidad de Alicante. 1996.
- Romero Martínez, Juan Manuel. *“Estudios sobre la argumentación jurídica Principalista”* Bases para la toma de decisiones Judiciales”. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México.
- Aarnio, Aulis. *“Reglas y principios en el razonamiento jurídico”*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña. 2000.





Instituto de la Defensa Pública Penal
7ª. Avenida 10-35, zona 1, Ciudad de Guatemala
Tel.: 25015757
www.idpp.gob.gt

