



INSTITUTO DE LA DEFENSA
PÚBLICA PENAL

REVISTA DEL DEFENSOR 9



USAID | Seguridad y Justicia
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA

"La realización de este documento, fue posible gracias al apoyo del pueblo de los Estados Unidos de América proporcionado a través de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). El contenido aquí expresado es responsabilidad exclusiva del Instituto de la Defensa Pública Penal y el mismo no necesariamente refleja las opiniones de la USAID o del Gobierno de los Estados Unidos de América"

REVISTA DEL DEFENSOR No. 9
1ª. EDICIÓN, GUATEMALA
NOVIEMBRE DE 2014

LIC. REMBERTO RUIZ BARRIENTOS
DIRECTOR GENERAL EN FUNCIONES IDPP

M.A. IDONALDO AREVAEL FUENTES FUENTES
COORDINADOR DE UNIFOCADEP

CONSEJO EDITORIAL

M.A. OTTO ANÍBAL RECINOS PORTILLO
M.A. RAÚL RENÉ ROBLES DE LEÓN
M.A. HANS AARÓN NORIEGA SALAZAR
M.A. HUGO ROBERTO SAAVEDRA
M.A. ALFREDO AGUILAR ORELLANA
M.A. SAMUEL VILLALTA AGUILAR

TRATAMIENTO DE CONTENIDO

M.A. IDONALDO AREVAEL FUENTES FUENTES
COORDINADOR DE UNIFOCADEP

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

LUIS FERNANDO HURTARTE

REVISIÓN DE ESTILO

M.A. SARA MARISOL MEJIA ALBUREZ
M.Sc. EUGENIA SANDOVAL DE PAZ



IDPP

Instituto de la Defensa Pública Penal

Índice

	Página
1. EL ANTICIPO DE PRUEBA Dr. José Gustavo Giron Palles	9
2. EL CRIMEN ORGANIZADO Y LA CONTROVERSIA JUDICIAL CON EL DELITO DE ASOCIACION ILICITA Lic. Rigoberto Vargas Morales	43
3. DOCTRINA Y PRÁCTICA. LOS DELITOS DE ACCIÓN CULPOSOS EN LA DOCTRINA Y EN LA PRÁCTICA Dr. Héctor Aníbal De León Velasco	57
4. ¿VÍCTIMA O VICTIMARIA? EL ENFOQUE DE GÉNERO, MECANISMO IDÓNEO PARA OBTENER JUSTICIA. Licda. Nydia Arévalo Flores de Corzantes	75
5. PROCEDIMIENTO PARA DELITOS MENOS GRAVES. LA MATERIALIZACIÓN PROCESAL DE UN DERECHO PENAL PRAGMÁTICO M.A. Hans Noriega	95
6. NOCIONES DEL DELITO DE EXTORSIÓN M.A. Hugo Roberto Saavedra	115
7. “ELEMENTOS SUSTANCIALES EN EL DEBATE ORAL” M.A. José Alfredo Aguilar Orellana	131
8. LOS RESABIOS DEL SISTEMA INQUISITIVO EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO VULNERAN EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD JUDICIAL DEL ESTADO DE DERECHO M.A. Ivette Amarilis Joaquin Amaya	169
9. ¿CÓMO DETECTAR SESGOS DE GÉNERO? Dra. Gloria Edith Ochoa Zetino	185

EDITORIAL

Esta novena edición de la revista del Defensor del Instituto de la Defensa Pública Penal, sale a luz pública con la alegría de saber que este espacio de socialización del conocimiento del Defensor Público y del Abogado en general, se va institucionalizando y convirtiendo en una herramienta de actualización y de perfeccionamiento, cuyo propósito fundamental es dar a nuestros distinguidos lectores la oportunidad de leer documentos innovadores y de calidad relacionados con la defensa y otras ramas conexas del derecho.

No cabe duda que lo destacado de esta revista, lo constituye la valiosa participación de distinguidos juristas Defensoras y Defensores públicos así como invitados de categoría quienes por voluntad propia comparten y sin remuneración alguna, artículos que permiten reflexionar acerca de los grandes problemas jurídicos que el defensor y la defensora enfrentan cotidianamente.

En esta novena edición, han sido seleccionados artículos que por su relevancia e incidencia en el campo jurídico, permitirán ampliar el campo de conocimiento de nuestros amables lectores, que demanden tener un punto de referencia para resolver la problemática diaria y desempeñarse de manera pertinente en su radio de acción.

Hay una invitación especial, para degustar este delicioso menú jurídico, en el cual podrán encontrarse artículos de relevancia actual como “las nociones del delito de extorsión”, escrito por el Abogado Hugo Roberto Saavedra; el artículo: “Víctima o Victimario? El enfoque de género, mecanismo idóneo para obtener justicia” escrito por la Licenciada Nydia Arévalo Flores de Corzantes, o bien “Elementos sustanciales en el debate oral” aportado por el Abogado José Alfredo Aguilar Orellana, y otros artículos de singular importancia para el estudioso del derecho.

Partiendo del criterio de que no existe la verdad absoluta, se presenta esta novena edición de la revista, como un aporte doctrinario para que sirva de fuente de consulta al Abogado Defensor y público en general, en el entendido que nunca dejaremos de aprender, pues cada día surgen nuevos aspectos y elementos que deben formar parte del inventario cognoscitivo del defensor público en especial y del jurista en general.

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

EL ANTICIPO DE PRUEBA



ESCENA DEL CRIMEN

EL ANTICIPO DE PRUEBA

Dr. José Gustavo Giron Palles

En la etapa preparatoria o de instrucción, el Ministerio Público realiza la investigación de la verdad para establecer la existencia del hecho y las circunstancias de tiempo, modo y forma, el daño o peligro causado al bien jurídico, así como a la personas o personas que participaron en el mismo, a las que se deberá identificar y conocer sus circunstancias personales para establecer la responsabilidad penal.

La persecución penal se deberá realizar de acuerdo con las reglas del debido proceso, por lo que el imputado u otros sujetos procesales también podrán proponer medios de investigación, los que la fiscalía deberá practicar cuando sean pertinentes es decir que se refieran al hecho y sean de utilidad para el esclarecimiento de la verdad. En caso que el Ministerio Público no los realice, el interesado puede acudir al Juez Contralor para que valore la necesidad de practicar los medios de investigación propuestos.

Durante la etapa preparatoria el Ministerio Público realiza la investigación en la que ordena como medios de investigación todo tipo reconocimientos, reconstrucciones, pericias o inspecciones, así como escucha testigos, ya sea para sustentar una acusación, para pedir el sobreseimiento u otro acto conclusivo. Sin embargo hay circunstancias en donde es necesario adelantar los medios de investigación a la calidad de prueba, y para ello existe la institución denominada anticipo de prueba, conocida también como prueba anticipada penal.

En esta diligencia se tienen que observar todos los requisitos de un debate, pues su naturaleza es un medio de investigación convertida en una prueba para ser incorporada al debate por medio de su lectura, o bien

mediante escuchar el audio en donde quedó gravada la audiencia. Es por ello, que los defensores deben conocer además de la estructura de las diligencias, todo lo relacionado con objeciones a los interrogatorios y contrainterrogatorios, así como protestar los actos procesales cuando éstos no sean practicados tal como lo establece la ley procesal.

El artículo 317 del Código Procesal Penal regula el anticipo de prueba y los divide en dos partes:

1º Los que por su naturaleza deban ser considerados como actos definitivos que no puedan ser reproducidos durante el debate. Para el efecto señala los reconocimientos tanto de personas como de cosas, reconstrucciones de hechos, peritajes, o inspecciones. Por ejemplo, el reconocimiento de un imputado, testigo o perito que se encuentre con enfermedad terminal, o que viajará al extranjero, o que su vida se encuentre en una situación de peligro.

Reconocimiento de lugares que están a punto de desaparecer por algún peligro, inclemencias del tiempo, por alteración de un escenario del crimen, o porque existe la necesidad de cambiar las cosas o construcciones, dentro de ellas por ejemplo, una casa en donde se cometió un delito o que en ella estuvo detenida una persona secuestrada.

Reconstrucciones de hecho en donde alguno de los personajes como, víctimas, testigos, necesiten viajar, estén gravemente enfermos o que su vida corra peligro. Pericias que conforme a la ley es necesario realizar dentro de un período de tiempo o porque se trate de productos perecederos, animales o cosas que estén a punto de morir, perderse por cualquier causa, o cambiar de aspecto, tal es el caso del peritaje de análisis toxicológico de drogas en el cual también se realiza la destrucción de la misma.

2º Cuando deba declarar un órgano de prueba¹ (perito o testigo)

¹“Órgano de prueba es el sujeto que porta un elemento de prueba y lo transmite al proceso. Su función es la de intermediario entre la prueba y el juez (por eso a este último se le considera órgano de prueba. El dato conviccional que transmite puede haberlo conocido accidentalmente (como ocurre con el testigo) o por encargo judicial como es el caso del perito)”. (Cafferata Nores, José. 1994-23)

que por algún obstáculo difícil de superar se presume que no podrá hacerlo durante el debate. El caso de peritos o testigos que se encuentren gravemente enfermos regularmente por enfermedades terminales, o que por su avanzada edad se presume que no podrán acudir al debate, tengan que viajar al extranjero o que durante el debate será muy difícil su participación en forma personal. Cuando se trate de un testigo que se tema por su vida o integridad física se tomará su declaración por video conferencia u otro medio electrónico.

3º Otros aspectos. Puede prescindirse de los requisitos tales como un obstáculo difícil de superar se presume que no podrá hacerlo durante el debate, en los casos que la ley lo determine como el reconocimiento análisis e incineración de droga, reconocimiento de personas y cosas, la colaboración eficaz, o cuando lo establezca por el interés superior de la víctima sobre el interés del propio proceso, aunado a la imposibilidad de acudir al debate, e impedir que los hechos por los que son víctimas queden impunes cuando se trate de víctima mujer extranjera, indistintamente de su situación migratorio, o cuando sea víctima de delitos contra trata de personas o explotación sexual.²

En los delitos regulados en la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer no hay norma expresa que autorice prescindir de estos requisitos, sin embargo la fiscalía pide la declaración de la víctima como anticipo de prueba por temor a ésta se retracte, pueda variar su declaración o no comparezca al debate. Hay audiencias en donde la defensa presenta objeción de no practicar la declaración de la agraviada como prueba anticipada para que esta no varíe su declaración en el debate, el juzgado declara con lugar la objeción o reclamo de subsanación y la diligencia no se efectúa. La resolución es recurrida por el Ministerio Público y la Sala de la Corte de Apelaciones confirma la resolución.

²Artículo 59 Ley contra la Explotación Sexual, explotación y trata de personas Decreto 9-2009 del Congreso de la República. Y Circular No 0009-2010/Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia del 7 de abril de 2010.

1. SUJETOS PROCESALES QUE PUEDEN SOLICITAR UN ANTICIPO DE PRUEBA.

La ley procesal penal establece que pueden pedir el anticipo de prueba el Ministerio Público o cualquiera de las partes (querellante adhesivo, imputado o víctima), ante el juez que controla la investigación. De manera que, el imputado e incluso el acusado pueden pedir por medio su abogado defensor el anticipo de prueba en la etapa preparatoria o en fase aún después del ofrecimiento de la prueba como una investigación suplementaria³ dentro de los ocho días posteriores a la audiencia de ofrecimiento de prueba en donde se cite a juicio penal, tal como lo establece el artículo 348 del Código Procesal Penal.

2. ANTICIPO DE PRUEBA DE DERECHOS DE TERCEROS

Este anticipo de prueba aplica de dos formas:

2.1. A solicitud del Ministerio Público, quien requiere la intervención del juez para la práctica de este anticipo cuando se ignore quien ha de ser el imputado o cuando sean de extrema urgencia los reconocimientos, reconstrucciones, peritajes, o inspecciones. Este es un caso especial en donde se puede prescindir de citación a las partes si hubiere un proceso.

2.2. De oficio, en los casos de la existencia de algún peligro inminente de pérdida de elemento probatorio urgente que no admita dilación. Al finalizar el acto el juez remitirá las actuaciones

³ Baquix, Josué Felipe. "Conforme al principio de oralidad, el artículo 348 del Código Procesal Penal, debe ser interpretado en el sentido de que el oferente del anticipo de prueba, verbalmente debe asistir ante el secretario del Tribunal o juez unipersonal de Sentencia, para solicitar el diligenciamiento de esta prueba, el Tribunal o el juez unipersonal previa calificación de la justificación del requerimiento, ordenará la práctica de la diligencia, señalando día y hora.

En el debate se debe reproducir la grabación por audio o videograbación de lo depuesto por el testigo. Debe considerarse que el principio de inmediatez y el contradictorio, bajo estas circunstancias, deben salvaguardar en particular la posibilidad de que los sujetos procesales formulen su interrogatorio y contrainterrogatorio y que este pueda ser oído por el tribunal en pleno o juez unipersonal". Artículo publicado el 28 de agosto 2014 en el Diario El Quetzalteco.

al Ministerio Público haciendo constar en el acto los motivos que determinaron su resolución.

En ambos casos se nombrará un defensor público ya sea de planta o de oficio para que controle el acto.

3. PRÁCTICA DE LA AUDIENCIA DE ANTICIPO DE PRUEBA DE DECLARACIÓN DE TESTIGO

La audiencia se solicita verbalmente de forma unilateral por la parte interesada en realizarla, si el juez lo considera admisible señala día y hora para la práctica del anticipo de prueba y cita a todas las partes⁴ quienes tendrán derecho de asistir con las facultades previstas respecto de su intervención en el debate. Esta audiencia no se puede realizar sin la presencia del imputado, la defensa debe velar por el debido proceso y el cumplimiento de la defensa material por lo que no lo puede representar al sindicado o acusado en dicha audiencia, es necesario que el juzgado cite al imputado especialmente si éste se encuentra detenido. Si el testigo o el imputado no habla o no comprende el idioma es español el juzgado de oficio le debe proveer un intérprete o traductor

Aunque es un mismo Código Procesal Penal para toda la República de Guatemala, la diligencia de declaración de testigo como anticipo de prueba no se realiza de manera uniforme en todos los juzgados o tribunales del país. La práctica procesal advierte algunas variantes de la misma.

3.1. VARIANTE NUMERO UNO

- i. El día y la hora señalado, el juez que preside la audiencia indica la fecha y la hora, objeto de la audiencia y quien la

⁴ El defensor debe velar porque el imputado que estuviere detenido solicite su presencia en este acto para no representarlo, a efecto de que éste pueda realizar su defensa material y el defensor la defensa técnica. No debe permitir que aunque la ley ordinaria establezca que el imputado puede ser representado por el defensor se viole el derecho constitucional de defensa en la modalidad de defensa material o ejercida por el propio imputado.

solicita, el número de carpeta judicial y concede la palabra al solicitante, por ejemplo al Ministerio Público para que manifieste su solicitud. El fiscal debe argumentar la necesidad de la diligencia y las razones por las que se presume que el testigo no podrá declarar en el debate.

- ii. Es en esta parte donde la defensa debe protestar o presentar objeción en contra de la realización de la audiencia porque considera que no hay necesidad de la práctica de la diligencia, y no se cumplen con los requisitos que establece el artículo 317 del Código Procesal Penal.
- iii. El juez debe resolver sobre la autorización de recibir la declaración como anticipo de prueba del testigo, y verifica la presencia de todos los sujetos procesales, identifica al testigo y procede a la protesta solemne de éste.
- iv. El juez concede la palabra al proponente para que examine al testigo, por lo regular es el Ministerio Público, o el querellante adhesivo quienes solicitan la audiencia.
- v. El juez concede la palabra a los demás sujetos procesales para que contra examinen al testigo.
- vi. El juez da por finalizada la diligencia e indica la hora en que termina la diligencia.

3.2. VARIANTE NÚMERO DOS

- i. Siendo el día y hora señalado para la audiencia, el juez verifica la presencia de las partes. Parte del control procesal que el defensor realiza es que cada imputado pueda comparecer con su propio abogado, ya que la defensa de varios imputados por un mismo abogado es un principio inadmisibles. En todo caso se podrá permitir la defensa común

de varios imputados si no hay incompatibilidad. Si la hubiere o no tengan cada uno su defensor se debe pedir la suspensión de la audiencia para que se provean de los reemplazos necesarios o se nombre o solicite defensor de oficio para cada imputado. Artículo 95 del Código Procesal Penal.

- ii. El (la) juez (za), previo que el testigo preste declaración debe instruirlo acerca de las penas del falso testimonio.⁵ Le debe explicar en qué consiste el delito de falso testimonio y las penas que tiene asignadas ese tipo penal.⁶ Acto seguido, el juez solicita al testigo ponerse de pie y levantar su mano derecha a la altura del hombro para hacer la protesta solemne⁷. Le pregunta ¿Promete usted como testigo decir la verdad ante su conciencia y ante el pueblo de la República de Guatemala? El testigo debe de responder “Si, prometo decir la verdad”. El juez solicita los datos personales del testigo.
- iii. El juez concede la palabra al fiscal del Ministerio Pública para que examine o interrogue al testigo. El examen del testigo debe de practicarse como lo preceptúa el artículo 378 del Código Procesal Penal: La parte que lo propuso debe interrogarlo sobre idoneidad, hechos y comparecencia al juzgado. El juez contralor moderará el interrogatorio y no permitirá que el testigo conteste preguntas capciosas o impertinentes. Las preguntas sugestivas para los testigos o peritos no quedaron prohibidas, esto se debe a que ya no se inicia la declaración del testigo en el sentido de que él

⁵ Artículo 460 del Código Penal. En la práctica judicial algunos jueces leen este artículo al testigo, interprete, traductor o perito según sea el caso. Pero en el Código Penal no aparece el incremento de la pena de multa en cinco veces su valor, porque este se obtiene de hacer la operación matemática de multiplicar.

⁶ El artículo 6 del Decreto 2-96 de Congreso de la República, establece que “Todas las penas de multa se incrementarán en su mínimo y en su máximo, cinco veces su valor (...)”. Como se trata de una declaración que puede afectar el imputado y es en un proceso penal, la pena de prisión es de dos a seis años y la multa de mil a diez mil quetzales.

⁷ Artículo 219 CPP.

relate toda la historia de lo que sabe y después lo interrogan, por lo que el proponente tendrá que dirigir preguntas relacionadas con la idoneidad, hecho y demás circunstancias. El trabajo de la defensa durante esta parte es poner mucha atención a las preguntas del fiscal y respuestas del testigo, y hacer las objeciones que el caso amerite.

- iv. El juez concede la palabra a la defensa para que contra examine o contrainterrogue al testigo. Si tiene preguntas conforme a la teoría del caso las puede formular, si no tiene preguntas no es necesario u obligatorio preguntar.
- v. El juez antes de dar por finalizada la audiencia, pregunta a las partes si hay observaciones al acto.⁸ Termina la audiencia en donde se indica la hora así como la constancia de su grabación en audio para los efectos legales respectivos y los comparecientes deberán firmar el acta sucinta.

4. AUDIENCIA DE DECLARACIÓN DE TESTIGO MENOR DE 14 AÑOS EN CÁMARA GESELL.

En la audiencia comparece por lo regular una psicóloga de la oficina de atención a la víctima del Ministerio Público para asistir al testigo y para que ésta realice las preguntas que los sujetos procesales le dirigirán a la menor de edad, puesto que el testigo no ve y no está en contacto con los sujetos procesales, para evitar la revictimización y que pueda declarar en un ambiente más agradable. La psicóloga no puede hacer preguntas que no hayan formulado los sujetos procesales. La perita debe ser protestada solemnemente para que se conduzca con la verdad en el acto.

La cámara de Gesell tiene dos salas:

- A) La sala de entrevistas en donde se encuentra la psicóloga quien

⁸ En este momento procesal, la defensa aún puede presentar las objeciones que considere necesarias a la diligencia.

tiene audio en los oídos y en la mesa en donde están sentados o en otro lugar hay un micrófono oculto para escuchar las preguntas que repite la perita y la declaración de la testigo.

B) La sala de observación en donde se encuentra el juez, el fiscal del Ministerio Público y los demás sujetos procesales, así como la persona que tiene la representación legal o un tutor designado para el efecto quien debe de dar su autorización para que declare la testigo menor de 14 años,⁹ quien después de dar su autorización debe de ser retirado de la cámara a otra lugar del juzgado o del Ministerio Público, según el caso. Entre ambas salas hay un cristal reflexivo en donde solo se puede ver de la sala de observación hacia la sala de entrevista, pero de ésta sala no se puede ver hacia la sala donde están los sujetos procesales. Para evitar la revictimización en los casos de violencia sexual, se debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño o adolescente, por lo que la testigo no ve al juez, imputado y demás sujetos procesales, y las preguntas las formulan al testigo por medio de la perito. La defensa debe estar atenta con el cumplimiento de los requisitos de la audiencia y los establecidos en el artículo anterior. Al testigo que aún no ha cumplido los 18 años de edad, no debe ser protestado sino amonestado simplemente a conducirse con la verdad.¹⁰

Estructura de la diligencia:

- i. El juez inicia la audiencia e indica la hora, número de carpeta judicial, imputado, delito, y procede a verificar la presencia de los sujetos procesales: Del fiscal de Ministerio Público, la perita que asistirá a la testigo de la Oficina de Atención a la Víctima del Ministerio Público. De la Procuraduría General de la Nación (si hubiere), del sindicato, de la defensa, así como la niña (testigo) quien se hace acompañar de representante legal o tutora de la agraviada.

⁹ Artículo 213 del Código Procesal Penal.

¹⁰ Artículo 222 del Código Procesal Penal.

- ii. El juez da por iniciada la audiencia e indica el objeto de la diligencia.
- iii. El juez procede a protestar solemnemente a la perito y le pregunta sus datos de identificación personal. Acto seguido le indica que puede trasladarse a la sala de entrevista de la cámara de Gesell.
- iv. La juez pregunta a la representante legal o tutora de la niña testigo: ¿Cuál es su parentesco con la niña testigo? ¿Tiene la tutela de la niña? ¿Quién se la otorgó? Se tiene a la vista el documento en donde el Juez de la Niñez y Adolescencia le otorgó la tutela. Verifica documento de identificación personal y representación. Pregunta: ¿Autoriza a que preste su declaración testimonial la niña (xx) en esta audiencia? Contesta. Si autorizo. Se tiene a la vista la partida de nacimiento de la niña menor de edad.
- v. Juez o jueza, indica a la psicóloga que le indique a la niña que a partir de este momento debe conducirse con la verdad (amonesta simplemente). La psicóloga lo hace con palabras que la niña comprende y contesta que sí. Pregunta nombre completo y datos de identificación personal a la testigo, y si conoce al imputado, si tiene algún parentesco con él. Si sabe porque fue invitada a venir el día de hoy. Acto seguido la testigo procede a narrar el hecho.
- vi. El juez otorga la palabra al fiscal del Ministerio Público para que examine a la testigo por medio de la psicóloga.
- vii. El juez otorga la palabra al representante de la Procuraduría General de la Nación para que interroge a la testigo por medio de la psicóloga.

- viii. El juez otorga la palabra a la defensa para que contra examine a la testigo por medio de la psicóloga.¹¹
- ix. El juez da por finalizada la diligencia e indica la hora.

5. AUDIENCIA DE DECLARACIÓN DE TESTIGO COMO ANTICIPO DE PRUEBA POR VIDEO CONFERENCIA

Cuando el testigo, perito, o colaborador eficaz no puedo comparecer personalmente por circunstancias fundadas,¹² el juez o tribunal a solicitud de las partes o de oficio puede ordenar la realización de la diligencia por videoconferencia. El artículo 218 Ter. Del Código Procesal Penal preceptúa que el órgano jurisdiccional deberá informar a las partes, con no menos de diez días de anticipación, de la realización de la diligencia, y siempre se observan los requisitos para el anticipo de prueba. (Artos. 317, 318 y 348 del CPP). Si la persona que va a declarar se encuentra fuera del país, los trámites los deberá realizar el juzgado competente, y si se trata de un testigo protegido o colaborador eficaz se deberá mantener bajo reserva de confidencialidad el lugar donde se realiza el mismo.

¹¹ Si la defensa no tiene preguntas para contra examinar a la testigo conforme su declaración, es aconsejable NO PREGUNTAR A LA TESTIGO-VICTIMA.

¹² Estas razones se encuentran en el artículo 218 Bis del Código Procesal Penal. “ (...) a) Cuando el testigo u otra persona esté siendo beneficiado con alguno de los mecanismos de protección regulados en la Ley para Protección de Sujetos Procesales y Personas vinculadas a la Administración de Justicia Penal;

b) Cuando la persona haya sido o sea colaborador eficaz según lo estipulado en la Ley Contra la Delincuencia Organizada;

c) Cuando debido a otras circunstancias, la declaración del testigo, perito y otra persona relevante en el proceso, constituya un riesgo, amenaza o pueda ser sujeto de intimidación en contra de su vida, integridad o la de su familia”.

Además de lo señalado por este artículo, se aplica el artículo 3 del Acuerdo No 31-2009 de la Corte Suprema de Justicia que contiene el Reglamento para el desarrollo de las Declaraciones por videoconferencia reguladas en las reformas al Código Procesal Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República, contenidas en la Ley de Fortalecimiento de la Persecución Penal, Decreto número 17-2009 del Congreso de la República.

“1. Se encuentre en territorio extranjero y no sea posible o conveniente que comparezca personalmente por temor a que se atente contra su vida.

2. Cuando, por razones de seguridad y orden público, sea necesario mantener en confidencialidad el lugar donde se encuentra el declarante.

3. Cuando existan amenazas o se determine que ha sido intimidada para no declarar.

4. Se encuentre el declarante en delicado estado de salud por enfermedad legalmente comprobada y le sea imposible acudir personalmente.

5. Cualquier otra razón atendible a consideración del juez”.

En el lugar en donde se encuentra el testigo, perito o persona cuya declaración se recibirá, deberá estar una autoridad judicial designada que por lo regular es un juez de paz, para que verifique la presencia de la persona que va a prestar su declaración, tomar sus datos de identificación personal,¹³ y que no esté coaccionado al momento de prestar declaración. Comprobar que las instalaciones reúnan las condiciones adecuadas y que se cuente con los aparatos audiovisuales idóneos y conectados con enlace directo con el juzgado o tribunal. De esto debe de dejar constancia el juez competente, y verificar que las instalaciones y medios audiovisuales permitan que las diferentes partes procesales puedan oír y observar con fidelidad la declaración prestada por la persona, así como ejercer sus derechos en materia de interrogatorio.

En caso que la persona goce del beneficio de cambio de identidad o se determine que por razones de identidad deba ocultar su rostro, se tomarán las observaciones necesarias para evitar ser visto. En esta audiencia siempre debe estar el defensor del imputado o el juez nombrará un defensor de oficio, y en caso de que no existir imputado se nombrará un defensor público. El acta la suscribe el juez que se encuentra en donde está presente la persona que va a rendir su declaración.

La diligencia tiene la siguiente estructura:

- i. El juez que dirige la diligencia indica a las partes el objeto de la audiencia, la fecha y hora, y el número de carpeta judicial.
- ii. El juez verifica la comparecencia de las partes, la presencia del juez designado en el lugar en donde se encuentre presente la persona que va a declarar y la presencia de éste. Pregunta al testigo su nombre o designación en su caso y este contesta afirmativamente.

¹³ Si se pidió la reserva de identidad este requisito se puede obviar, e incluso se puede ocultar o cubrir su rostro.

- iii. El juez competente indica al juez designado que faccione el acta, que verifique el lugar es adecuado, si se escucha y ve con fidelidad, y si el testigo no está coaccionado y que le pregunte los datos de identificación personal. (Este último requisito se puede obviar si sus datos personales están bajo reserva de identidad o confidencial).
- iv. El Juez protesta solemnemente al testigo conforme le artículo 219 del Código Procesal Penal.
- v. El juez otorga la palabra a la parte que lo propuso para que lo examine.
- vi. El juez otorga la palabra a la defensa para que lo contra examine.
- vii. El juez da por finalizada la audiencia e indica la hora.

6. VICIOS COMUNES QUE SE DAN EN LAS AUDIENCIAS DE ANTICIPO DE PRUEBA DE DECLARACIÓN DE TESTIGOS

- 6.1. Que no sea necesaria la práctica de la diligencia porque el órgano de prueba se presume que sí podrá hacerlo en el debate. En este caso el Ministerio Público no acreditó dicha presunción que en todo caso admite prueba en contrario. La forma de oponerse a este acto es protestar u objetar¹⁴ por medio de argumentar las razones de oposición para evitar que el anticipo de prueba se convierta en la formación de un expediente de instrucción sumarial que desnaturalice el proceso acusatorio.
(Artículo 317 Código Procesal Penal, segundo párrafo).

¹⁴ Otra forme de objetar o protestar el acto es mediante la interposición de una actividad procesal defectuosa denominada también reclamo de subsanación.

- 6.2. Que no estén presentes todas las partes, hagan falta algunos abogados de imputados, que se trate de un testigo menor de catorce años de edad, o de personas que, por insuficiencia o alteración de sus facultades mentales o por inmadurez no comprendan el significado de la facultad de abstenerse y no estén presentes su representante legal o un tutor designado.
- 6.3. Que el juez omita explicar al testigo la facultad de abstenerse de declarar en los casos del artículo 212 de Código Penal. Por ejemplo, si el testigo es pariente dentro de los grados de ley del imputado y pueda perjudicarlo con su declaración.
- 6.4. Que el juez omita la protesta solemne al testigo explicándole el supuesto de hecho y las penas relativas al delito de falso testimonio.
- 6.5. Que el juez interroge al testigo. Este vicio se da en el caso de jueces que no tienen experiencia en el ramo penal, o que han sido jueces de otras ramas del derecho y confunden los derechos de la niñez especialmente en los caso cuando la víctima es un niño o niña.
- 6.6. Después del examen del testigo de parte de Ministerio Público, se le otorga la palabra a la defensa para que lo contra examine. Si ésta no tiene preguntas que puedan conainterrogar sobre un hecho, lo mejor es que no formule preguntas al testigo, pues puede perjudicar al imputado o a su familia. No preguntar aspectos que ya relató la testigo o ya preguntó el Ministerio Público. No preguntar aspectos relacionados con sentimientos, o que espera la víctima del proceso porque eso le compete a la fiscalía no a la defensa.
- 6.7. Si es declaración por videoconferencia, hay momentos que no hay audio y esto impide que el testigo escuche las

preguntas que le formulan o que la voz de la persona que interroga no se escuche. En todo caso la imagen debe ser clara. Si hay problemas de transmisión audio o de transmisión imagen de debe objetar para que el técnico solucione las fallas. Si no fuera así presentar las objeciones necesarias durante o al finalizar el acto.

7. DILIGENCIA DE ANTICIPO DE PRUEBA DE EXTRACCIÓN DE SANGRE.

Esta diligencia se puede solicitar por cualquiera de las partes en la etapa preparatoria o hasta antes del debate (después de la audiencia de ofrecimiento de prueba como investigación suplementaria como indica el artículo 348 del Código Procesal Penal. La defensa debe preguntar al imputado o acusado si desea colaborar con la diligencia. Si la respuesta es afirmativa porque dicha prueba considera le favorece, o si el imputado dijo que no, el defensor deberá velar porque en la misma se observen los protocolos y requisitos legales.

Estructura de la diligencia:

- i. El juez inicia la diligencia indicando la fecha y hora, número de carpeta judicial, nombre del sindicado y nombre de la agraviada, sala de audiencias en donde se encuentre, objeto de la audiencia que en este caso es extracción de sangre en calidad de anticipo de prueba, y sujeto procesal que solicitó el anticipo de prueba.

Acto seguido el juez verifica la presencia de las partes: del Ministerio Público representado por el abogado (...), del querellante adhesivo si hubiere, la persona sindicada o acusada dependiendo del momento procesal que se trate, acompañado de su abogado defensor. Cuando hay defensor público y lo apoya un abogado de oficio, en ese momento

le dice al juez que actúa por esta única vez e indica el nombre del abogado titular. La presencia del perito (... , químico biólogo) quien actúa en su calidad del perito del Instituto Nacional de Ciencias Forenses.

- ii. El juez procede a tomar protesta solemne en su calidad de perito con la siguiente fórmula: Le solicita se ponga de pie y levante su mano derecha a la altura del hombro y le pregunta ¿Promete usted XX en su calidad de perito conducirse con la verdad ante su conciencia y ante el pueblo de la República de Guatemala? El perito contesta:” Si prometo”. Le indica que ha sido propuesto como perito por parte de (sujeto procesal) con el objeto de extraer muestras de sangre a la humanidad de la persona que aparece como sindicado/acusado.

Como ya ha sido protestado se le pide que en transcurso de la diligencia pueda actuar únicamente con la verdad y realizar el procedimiento correspondiente de conformidad con los protocolos que el Instituto Nacional de Ciencias Forenses ha marcado para este tipo de diligencias.

- iii. El juez solicita al perito que los ilustre respecto de ¿Cuál es el procedimiento que se va adoptar para la extracción de las muestras sanguíneas?

Si la defensa desea presentar una protesta u objeción lo puede hacer en este momento.¹⁵

¹⁵ Aún se presentan protestas basadas en la violación al derecho a no declarar contra sí mismo o autoincriminación regulada en el artículo 16 de la Constitución Política de la República de Guatemala en relación al artículo 85 del Código Procesal Penal. Pues se considera que la extracción de sangre sin su consentimiento equivale a obtener información del imputado, o sea declarar sin su voluntad. Algunos defensores argumentan la violación al artículo 3o Constitucional que se refiere al derecho a la integridad en concordancia 7 Convención Americana sobre Derechos Humanos, 44 y 46 Constitucionales. Podría producirse algún daño a nivel mental del imputado.

El perito explica que para poder realizar los análisis de ADN es necesario tomar una muestra de sangre. Dicha muestra será tomada mediante una pequeña punción dactilar del lado de la mano. La sangre será fijada en papel filtro y embalada en sobres del INACIF, debidamente identificados, sellados en su abertura con cinta de evidencia de INACIF. Asimismo sellados y firmados en sus pegaduras por la persona del que toma la muestra, así como por el juez que dirige la audiencia y los sujetos procesales si así lo desean. Dichos indicios quedaran bajo la custodia del perito para ser trasladados al los laboratorios del Instituto Nacional de Ciencias Forenses para realizar los análisis solicitados.

- iv. El juez pregunta ¿Si con los procedimientos que se van a realizar es posible que exista alguna afectación en el cuerpo o en la mente de la persona sindicada?
- v. El perito contesta que no, es una pequeña erosión o pinchazo. No causa ningún malestar, ya que lo hacen en niños y no hay afectación física o mental.
- vi. El perito pregunta al proponente de la prueba ¿Con qué indicios se va a cotejar la muestra que se obtenga el día de hoy? Contesta el querellante adhesivo: que es con la evidencia recolectada, por ejemplo el 17 de febrero de

Sin embargo, los jueces dejan asentada la protesta e invocan la Sentencia de amparo que en apelación dictó la Corte de Constitucionalidad, expediente número 1748-2007 de fecha 26 de septiembre de 2007. “El postulante objeto la facultad de juez de ordenar la práctica de la diligencia, pues a su juicio debió contar con su consentimiento ya que de lo contrario se incurriría en la violación del derecho a no declarar contra sí mismo consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al respecto esta Corte estima que el hecho de no contar con el referido consentimiento no implica violación al referido derecho, pues los resultados que arroje el procedimiento científico no suponen necesariamente efectos desfavorables para que quienes son sometidos a la prueba, por lo que la extracción de muestra de sangre no puede ser equiparada a la obligación del sindicado a emitir una declaración en determinado sentido. Además de lo anterior, debe tenerse presente que la implementación de medios científicos en la investigación penal en búsqueda de la verdad, alguno de ellos novedosos no podría estar supeditada a la aquiescencia de los sometidos a prueba ya que ello truncaría la posibilidad de contar con medios de investigación penal moderna y eficaz. Los límites para el diligenciamiento de tales medios de prueba deben de ser el respecto a la dignidad y privacidad personales, así como demás derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce y Derechos Humanos consagrados en Convenciones Internacionales de los que nuestro país forma parte”.

2013, No 0252 1.1.2-130288-0. En el INACIF número 13-01510.

- vii. El juez ordena al imputado para que proceda el perito a extraerle la muestra de sangre.
- viii. Las partes pueden preguntar ¿Si el equipo que está utilizado está esterilizado?¹⁶
- ix. El juez hace saber al perito que al momento de tener el dictamen haga llegar una copia tanto a la fiscalía como al juzgado o tribunal, haciéndole ver que se ha fijado día y hora para la siguiente audiencia. Para que el dictamen pueda estar antes de la fecha que se indicó.
- x. El juez da por finalizada la audiencia e indica la hora.

8. RECONOCIMIENTO DE PERSONAS COMO ANTICIPO DE PRUEBA

En esta diligencia se pretende que la víctima o agraviado individualice al imputado, reconozca al presunto autor o cómplice del delito. Los elementos personales son:

a) la persona que realiza el reconocimiento, y b) la persona que se trata de individualizar (imputado u otra persona que sea necesario reconocer).

El acto de reconocimiento ya sea de personas o cosas debe practicarse como anticipo de prueba por lo que es requisito indispensable la presencia del abogado defensor, y de los demás sujetos procesales para que pueda ser incorporado al debate. (Artículos 248 del Código Procesal Penal).

¹⁶ La defensa, además de poner cuidado al proceso de extracción de sangre debe fijar su atención al acto de embalaje de la muestra y firmar los sobres donde se guarda la misma.

La observación de la fila de personas se practicará desde un lugar oculto, en cámara de Gesell, o en ambiente separado cubierto con algún material de modo que solo se pueda ver de donde se practica el reconocimiento hacia donde se encuentra la persona a reconocer la que se pondrá junto a otras de aspecto similar en fila. Es admisible el reconocimiento de la persona por medio de fotografías u otros registros en los casos que no se encuentre el imputado por causas justificadas, debiendo observar las reglas del artículo 246 al 249 del Código Procesal Penal.

A la persona que realiza el reconocimiento se le atribuye la calidad de testigo, por lo que en esta audiencia rigen las reglas del testimonio (207 al 218 Ter Código Procesal Penal) y las de la declaración del imputado.
Estructura de la diligencia.

- i. El juez inicia la diligencia e indica la fecha y hora, número de carpeta judicial, nombre del sindicado y nombre de la agraviada, sala de audiencias en donde se encuentre, y objeto (reconocimiento en fila de personas). Verifica la comparecencia de los sujetos procesales y de la persona que realizará el reconocimiento.
- ii. El juez, previo a que la persona inicie con el reconocimiento, le debe explicar en qué consiste el delito de falso testimonio y las penas que tiene asignadas ese tipo penal. Acto seguido, el juez solicita al testigo ponerse de pie y levantar su mano derecha a la altura del hombro para hacer la protesta solemne. Le pregunta ¿Promete usted como testigo decir la verdad ante su conciencia y ante el pueblo de la República de Guatemala? La persona debe de responder “Si, prometo decir la verdad”. El juez solicita los datos personales de la persona que hará el reconocimiento.
- iii. El juez solicita a la persona que realiza el reconocimiento, que describa a la persona aludida y diga si después del

hecho la ha visto nuevamente, en qué lugar, por qué motivo y con qué objeto.

- iv. Se pone a la vista de quien deba reconocer a la persona que se somete a reconocimiento junto con otras de aspecto exterior similar.¹⁷
- v. El juez pregunta a quien lleva a cabo el reconocimiento, ¿Si entre las personas que se somete a reconocimiento se halla la que designó en su declaración o imputación? En caso afirmativo, se le invitará para que la ubique clara y precisamente. Por ejemplo, puede indicar que la persona que realizó el hecho se encuentra de izquierda a derecha con el número tres.
- vi. El juez indica a quien realiza el reconocimiento que exprese las diferencias y semejanzas que observa entre el estado de la persona señalada y el que tenía en la época a que alude en su declaración o imputación anterior.
- vii. El juez da por finalizada la diligencia e indica la hora.

8.1. OBSERVACIONES

La defensa tiene que tener el cuidado que a la persona que es sujeto de reconocimiento, no se le haya presentado ante los medios de comunicación social (escrita o audiovisual, por ejemplo, telenoticieros) antes de que ésta haya brindado su primera declaración, pues en ese caso,

¹⁷ La defensa deber observar que en la diligencia se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 246 del Código Procesal Penal, pero especialmente que en la fila se encuentren otras personas con aspecto similar. Por ejemplo, el que realiza el reconocimiento indicó que el sujeto es un hombre, alto, de tez morena clara, pelo corto, color castaño, gordo. Las demás personas que se encuentran en la fila junto a la persona que se va a reconocer deben de tener características similares. Durante el sistema inquisitivo hubo jueces que ponían a los oficiales del juzgado junto a la persona sobre la cual se hacia el reconocimiento y era muy fácil reconocerlo porque era diferente a todos los demás.

además de la violación del artículo 13 Constitucional, se deduce que a la persona que ha de ser reconocida la vieron miles de personas, dentro de ellas el que practica el reconocimiento. Si este fuere el caso se debe objetar o protestar la diligencia.

9. RECONOCIMIENTO JUDICIAL, ANÁLISIS CIENTÍFICO Y DESTRUCCION DE DROGAS.

Procede esta diligencia “cuando se efectúen incautaciones o secuestro de drogas, estupefacientes, sustancias químicas prohibidas o controladas, psicotrópicos o precursores, además de la prueba presuntiva de campo, después de concluir los operativos policiales o fiscales y el traslado, se procederá a realizar inmediatamente el reconocimiento judicial, la toma de muestras y el análisis científico por perito del INACIF, con la finalidad de establecer la cantidad, peso, pureza y otras características que sobre los mismos requiera el agente fiscal o que considere oportuno el perito. La orden de peritaje para el análisis y el reconocimiento judicial será solicitada por el agente fiscal o auxiliar fiscal directamente al Juez Incinerador. El análisis se efectuará sobre una muestra científicamente razonable y la diligencia tendrá calidad de anticipo de prueba”.¹⁸

9.1. PERSONAS QUE PARTICIPAN EN LA DILIGENCIA

Es obligatoria la presencia de las siguientes personas e instituciones:

- a) Juez incinerador y el secretario del juzgado.¹⁹
- b) El fiscal del Ministerio Público.
- c) El abogado (da) defensor (a). Por inasistencia de abogado particular se nombra abogado del Instituto de la Defensa Pública Penal.

¹⁸ Artículo 19 de la Ley contra la Narcoactividad. Modificado por Decreto No 27-2012 del Congreso de la República de fecha 9 de octubre de 2012.

¹⁹ Por Acuerdo No 5-2010 de la Corte Suprema de Justicia se creó el Juzgado de Primera Instancia Penal de Narcoactividad para Incineraciones del departamento de Guatemala, cuya sede física estará ubicada en la ciudad de Guatemala, con competencia en todo el territorio de la República únicamente en cuanto incineraciones.

- d) El perito propuesto por el Ministerio Público que es un Químico Biólogo del Instituto Nacional de Ciencias Forenses.
- e) Un delegado de la Secretaria Ejecutiva de la Comisión contra las Adicciones y Tráfico Ilícito de Drogas -SECCATID-.
- f) Un representante del Departamento de evidencias de droga de la SGAIA²⁰

9.2. LUGAR EN DONDE SE PRACTICA LA DILIGENCIA

La diligencia se realiza en el Departamento de almacenamiento de evidencias de la Subdirección General de Análisis e Información Anti narcótica de la Policía Nacional Civil, el cual se encuentra en el interior de las instalaciones de la Sub Dirección General de Apoyo Logístico de la Policía Nacional Civil, ubicada en la 16 avenida 14-00 de la zona 6, colonia Cipresales de la ciudad de Guatemala. La droga es trasladada al Laboratorio de Sustancias Controladas del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala situada en las instalaciones de la Sub Dirección General de Apoyo Logística de la Policía Nacional Civil, en la misma dirección.

9.3. DILIGENCIA

- i. Un juez o jueza de Primera Instancia Penal, Narcoactividad para Incineraciones, se constituye en el Departamento de Almacenamiento de Evidencias de la Subdirección General de Análisis e Información Anti narcótica de la Policía Nacional Civil, el cual se encuentra en el interior de las instalaciones de la Sub Dirección General de Apoyo Logística de la Policía

²⁰ Subdirección General de Análisis e Información Anti narcótica de la Policía Nacional Civil. de la Policía Nacional Civil.

Nacional Civil, y requiere el traslado de la evidencia incautada en el proceso que se trate, el cual fue solicitada en oficio previamente recibido, hacia el Laboratorio de Sustancias Controladas del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala ubicado en la misma dirección.

- ii. El juez da inicio a la diligencia señalada en calidad de anticipo de prueba, indica número de proceso, delito, nombre del imputado, y procede a verificar la presencia de las personas que intervienen en la audiencia. Se designa al perito, se le toma el juramento de ley, se le preguntan sus datos de identificación personal y el lugar que señala para recibir notificaciones. El juez pregunta: ¿Hay alguna objeción?²¹
- iii. El juez solicita a la persona encargada de las incineraciones por parte del departamento de almacenamiento de evidencias de la ASGAIA, poner a la vista la evidencia incautada y corresponde al fiscal del Ministerio Público la descripción de la misma, así como indicar el número de inventario, su contenido, número de referencia, la fecha el sello.
- iv. El perito realiza los protocolos o procedimientos.
- v. Se concede la palabra al perito de INACIF a efecto emita su dictamen. Por ejemplo, “material vegetal consistente en semillas, peso del material en gramos o kilogramos si fuere el caso, resultado de la prueba botánica y resultado de la prueba química, por ejemplo positivo o negativo para el material que se trate.

²¹ En este momento se puede presentar objeción, por ejemplo si la diligencia se está realizando fuera del plazo señalado por el artículo 19 de la Ley Contra la Narcoactividad que corresponde a diez días contados a partir de la solicitud de la diligencia de parte del fiscal o auxiliar fiscal directamente al juez incinerador. Otra objeción que puede interponerse más adelante es la aparición de un sobre o, que no corresponde al proceso u otro aspecto en donde se vea alterada la cadena de custodia.

- vi. Acto seguido la comisión de incineraciones se constituye al lugar asignado con anterioridad para incinerar el embalaje, el excedente de la evidencia y sus envoltorios.
- vii. El juez de incineraciones da por finalizada la diligencia y hace constar la hora, se lee el acta que se suscribe con copias según la cantidad de participantes y la firman el juzgador, el secretario del juzgado, y los demás comparecientes. El acta original se entrega al fiscal incinerador del Ministerio Público para que la remita al fiscal que realiza la investigación, y el duplicado se adjunta al exhorto de mérito el cual será devuelto al juzgado contralor para ser incorporado el proceso.

10. SUGERENCIAS PARA INTERROGATORIOS Y CONTRA INTERROGATORIOS PARA EL IMPUTADO Y TESTIGOS

Cuando el imputado en primera declaración se abstiene de declarar, el fiscal no le puede realizar preguntas, pero si el sindicado declaro, la fiscalía tiene el derecho de interrogar al imputado. En este caso, la defensa debe estar atenta a las preguntas que formula el fiscal o auxiliar fiscal, de modo que éstas sean claras y precisas y no sean capciosas o sugestivas.²²

En cuanto a las preguntas que el fiscal dirige a los testigos o peritos, también deben ser claras y precisas pero no deben ser capciosas o impertinentes.²³ Las preguntas sugestivas están permitidas únicamente para los testigos o peritos, puesto que varió la forma de declaración de estos. La declaración ya no se inicia con el relato del hecho, sino que ahora

²² Artículo 86 CPP. "Interrogatorio. Las preguntas serán claras y precisas; no están permitidas las preguntas capciosas o sugestivas y las respuestas no serán instadas perentoriamente".

²³ Artículo 378 del CPP. "Examen de testigos y peritos. El presidente identificará al testigo con su nombre y el documento personal que lo identifique válidamente, e inmediatamente concederá la palabra a la parte que lo propuso para que lo examine sobre idoneidad, hechos y comparecencia al tribunal; seguidamente concederá la palabra a los demás sujetos procesales para que lo examinen o, contra examinen.

El presidente del tribunal moderara el interrogatorio y no permitirá que el testigo o perito conteste a preguntas capciosas e impertinentes. La resolución que sobre ese extremo adopte será recurrible, decidiendo inmediatamente el tribunal."

el sujeto procesal que lo propuso debe examinarlo con preguntas y para ello tiene que sugerir respuestas.

10.1. TIPOS DE PREGUNTAS

Las preguntas deben ser claras y precisas cuando se utilizan palabras correctas y adecuadas para hacer la pregunta. Se deben referir a los hechos o circunstancias que declaró el imputado. Por el contrario son preguntas ambiguas las que no son claras, no se entienden o pueden estar sujetas a varias interpretaciones. ¿Cómo puede pretenderse una respuesta clara y responsiva, si la misma pregunta es confusa?

Son preguntas sugestivas las que en su propia formulación llevan insinuada la respuesta, sugiriéndola al declarante. Ejemplo: “Lo cierto es que usted ya dejó de pegarle a su esposa”.

Las preguntas capciosas, son aquellas en que, para descubrir la verdad se emplean artificios, engaños o deslealtades, suposiciones falsas o mentiras. Y las preguntas impertinentes son las que no se refieren a los hechos declarados por el testigo o perito.

10.2. CONSEJOS PARA INTERROGATORIOS DIRECTOS O INDIRECTOS

- a) Las preguntas pueden elaborarse abiertas o cerradas.
- b) Son abiertas o narrativas pero limitadas en su respuesta y se utilizan cuando el abogado necesita llamar la atención del declarante de un evento que quiere que sea descrito. Ejemplo: ¿Cómo observó el vehículo después de la colisión? Las preguntas cerradas, prácticamente obligan a la persona

que declara a responder con una o pocas palabras. Ejemplo:
¿De qué color es la motocicleta de Juan?

- c) Luego que el abogado realiza un pregunta tiene que permitir que el testigo la conteste, aunque la respuesta no le favorezca. Si usted no sabe lo que va a contestar el testigo que propone no formule la pregunta, se puede llevar una sorpresa.
- d) Cuando se desea que el testigo brinde una respuesta más exacta, se puede hacer preguntas de seguimiento para llevar al declarante, a que complemente una respuesta anterior, porque se necesita un conocimiento más exacto de lo dijo. Ejemplo: Cuando usted dice que ellos estaban gritando. ¿A quienes se refiere?
- e) Evitar las preguntas argumentativas. Las partes están para hacerle preguntas a los testigos y no para argumentar con ellos, especialmente si no contestó lo que esperaba que respondiera.
- f) Los testigos que no son peritos solo pueden declarar sobre los hechos que le conste de personal conocimiento, solo los peritos pueden emitir opiniones sobre su campo de especialización.
- g) No sea irrespetuoso (a) con el testigo. Procure modular su voz y tratar al testigo con dignidad y respeto.
- h) No hacer comentarios luego de cada respuesta del testigo. Resulta impropio multiplicar o recalcar la respuesta del testigo.
- i) No objetar sin tener fundamento para hacerlo. Sólo se objeta cuando hay una razón en derecho para hacerlo pues saca de balance al testigo y hace que el abogado pierda el hilo del interrogatorio.

- j) Si usted presentó objeción contra alguna pregunta, o le objetaron alguna, marcar la pregunta se en donde se quedó para poder retomar el interrogatorio después de la discusión.
- k) No permitir que el declarante conteste más de lo que se le pregunta. Si así fuera se puede objetar la respuesta o pararlo de buena forma diciendo: Gracias por su respuesta a la pregunta que le hice.
- l) No permitir preguntas relacionadas sobre hechos que el imputado o el testigo no haya declarado. De ser así estaría declarando la parte que formula la pregunta.
- m) Si la pregunta formulada es respondida por el declarante, no debe de permitir que se siga repitiendo la pregunta una y otra vez, pues sería la de nunca acabar. En ese sentido si la fiscalía realiza preguntas que el testigo ya contestó, se debe de presentar objeción.
- n) No permitir que se hagan preguntas referenciales, hechos o información que no le consta al testigo por personal conocimiento, sino de oídas. Si se permite, ocasionará una respuesta referencial o de oídas que en la que no se está permitiendo el contradictorio.

11. LAS OBJECIONES

Cuando las preguntas que formula el que interroga son capciosas, sugestivas, impertinentes, repetitivas, referenciales o, ambiguas, las partes se oponen a que el declarante responda, diciendo la palabra objeción. Constituyen una forma de limitar la facultad de interrogar, que poseen las partes con el fin de evitar que la información que proporcione el declarante al juez o al tribunal, se vea afectada.

También significa poner reparo a algún elemento o material de prueba que se pretenda introducir al proceso por alguna de las partes, por ejemplo, en la audiencia de ofrecimientos de prueba, los jueces dan un tiempo a los sujetos procesales para que presentes sus objeciones.

Del mismo modo, se puede presentar objeciones en contra de la realización de un acto procesal que contenga un vicio o no se esté cumpliendo con las reglas del debido proceso. En este sentido también se le denomina protesta y se pide que quede asentada en el acto.

11.1. OBJECIONES EN LOS INTERROGATORIOS O CONTRA INTERROGATORIOS

Se presentan objeciones a las preguntas formuladas por él que interroga, y a la conducta del abogado (a). Esto se da cuándo el abogado realiza preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes según sea el caso. O bien, al citar al testigo, usa palabras las que no fueran exactamente usadas por aquel, cuando prestó su testimonio, lo que causa confusión y lleva a un dato falso.

Requisitos para plantear objeciones.

- a) La objeción debe ser oportuna, presentarla tan pronto como surja la situación y no tardía.
- b) Al presentar una objeción hay que invocar el fundamento de acuerdo a la norma procesal aplicable. Se debe argumentar porqué se presenta la objeción. Por ejemplo, “objeción, esa pregunta ya la contestó el testigo cuando dijo (...).”
- c) La objeción debe ser específica, señalar lo que se objeta, no es correcto objetar en forma genérica u objetar solo por perder el tiempo. Ejemplo: Objeción, la pregunta es impertinente porque no se refiere a los hechos declarados por el testigo.

12. RECLAMO DE SUBSANACIÓN O ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA

Es la forma más técnica de presentar una protesta en contra de un acto procesal defectuoso o viciado cuando éste se realiza sin cumplir los requisitos establecidos en la ley. Es por ello que el artículo 281 del Código Procesal Penal establece que “no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, cumplidos con las inobservancias de las formas y condiciones previstas en este Código, salvo que el defecto haya sido subsanado o no se hubiere protestado oportunamente”.

Precisamente, el trabajo del defensor público consiste en velar por el cumplimiento del debido proceso y del derecho de defensa. Por medio del reclamo de subsanación se impugnan actos que se realizan sin las formalidades de ley. Aunque el reclamo de subsanación sea declarado sin lugar o improcedente, si se realizó oportunamente por el defensor que estuvo presente en la diligencia, y este fue bien fundamentado, servirá de apoyo al defensor de planta para presentar un recurso de apelación especial por motivo de fondo.²⁴

12.1. TRAMITE DEL RECLAMO DE SUBSANACIÓN²⁵

- a) Momento para presentarlo. Mientras se cumple el acto o inmediatamente después de cumplido. Este es el caso de las diligencias de prueba anticipada, al menos que no se conozca el acto se podrá impugnar después de conocerlo.
- b) Forma de presentar el reclamo de subsanación. Oralmente, y para ello:

²⁴ Artículo 419 numeral 2º del Código Procesal Penal.

²⁵ Artículo 282 del Código Procesal Penal.

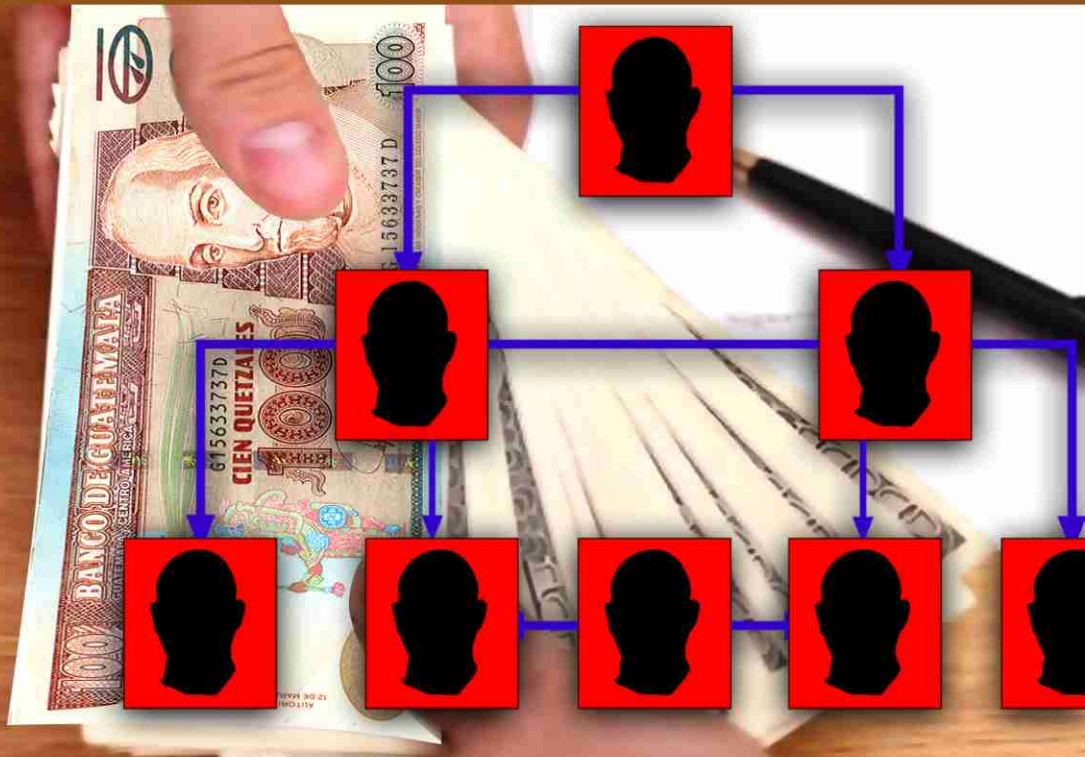
- i) Se deberá describir el defecto. Por ejemplo, en una audiencia de declaración de un niño menor de 14 años de edad, la defensa describe que “el defecto consiste que el artículo 213 del Código Procesal Penal, establece que debe comparecer el representante legal del menor para dar su autorización para que éste pueda declarar”. En la presente audiencia solo está presente el testigo menor de edad.
- ii) Individualizar el acto. “En la presente diligencia no se encuentra presente alguna persona que tenga la representación legal para la declaración del niño (XX) quien tiene una edad de 12 años”.
- iii) Proponer la solución que corresponda. “Se propone como solución que no se realice la audiencia debiendo señalar nuevo día y hora para la realización de la misma, citando al representante legal del niño menor de 14 años para que éste pueda dar su autorización a efecto que el testigo pueda declarar”. Artículo 282 del Código Procesal Penal. El defensor técnicamente tiene que reclamar cumpliendo estos requisitos. Y el juez debe resolver inmediatamente.
- c) Efectos del reclamo de subsanación. La renovación del acto, rectificación del error o el cumplimiento del acto omitido.²⁶ En el ejemplo anterior se solicitó la renovación del acto, es decir señalar nuevo día y hora para la audiencia de declaración de testigo menor de 14 años de edad.

²⁶ Artículo 282 del Código Procesal Penal.

MATERIALES DE REFERENCIA

1. Cafferata Nores, José Ignacio. La prueba en el proceso penal. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1994
2. Baquix, Josué Felipe. Artículo publicado el 28 de agosto 2014 en el Diario El Quetzalteco.
3. Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente de 1985.
4. Código Procesal Penal.
5. Código Penal.
6. Ley contra la Narcoactividad.
7. Ley contra la Explotación Sexual, explotación y trata de personas Decreto 9-2009 del Congreso de la República.
8. Acuerdo No 31-2009 de la Corte Suprema de Justicia.
9. Acuerdo 5-2010 de la Corte Suprema de Justicia.
10. Circular No 0009-2010/Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia del 7 de abril de 2010.
11. Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2007. Corte de Constitucionalidad, expediente número 1748-2007

EL CRIMEN ORGANIZADO Y LA CONTROVERSIAS JUDICIAL CON EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA



EL CRIMEN ORGANIZADO Y LA CONTROVERSIAS JUDICIAL CON EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA

Lic. Rigoberto Vargas Morales

El Decreto Número 31-2012 del Congreso de la República, Ley contra la Corrupción, es una ley penal especial, que viene a fortalecer la transparencia de la actividad que realiza el funcionario o empleado público, así como del gasto público en beneficio de la población. En cuanto a su naturaleza es estar dirigida específicamente al funcionario o empleado público, el espíritu mismo de la ley es mantener el control sobre el quehacer público, pues el fenómeno de la corrupción afecta la educación, la salud, la seguridad y el normal desarrollo económico, social y político de la sociedad.

Esta Ley anti-corrupción trata de reprimir con prisión los actos constitutivos de delito, así el artículo 3, adiciona el numeral 7, del artículo 51 del Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República, que se refiere a la prohibición de conmutar las penas privativas de libertad, cuando indica: 7. “A los condenados por los delitos contra la administración pública y la administración de la justicia”. Es más el artículo 27 de la Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal, Decreto número 17-2009 del Congreso de la República, prohibía otorgar medida sustitutiva si el delito es inmutable, lo que implicaba una limitación al principio favor libertatis para el funcionario o empleado público acusado de la comisión de un delito contra la administración pública y la administración de la justicia, sin embargo ese precepto fue declarado inconstitucional, pero es un antecedente del retribucionismo penal.

La Ley contra la Corrupción, contenida en el Decreto Número 31-2012 del Congreso de la República, además de crear las penas privativas de libertad, endurece las penas de multas, así como la prohibición de conmutar dichas penas. La aprobación de la Ley contra la Corrupción, tiene como finalidad reducir los índices de corrupción, impunidad y el tráfico de influencias que, dicho de paso, con la emisión de dicha ley, éste último deja de ser un fenómeno social, para convertirse en un tipo penal con persecución penal de oficio por parte del Ministerio Público. Esta ley entró en vigencia el 1 de diciembre de año 2012, fecha en que se inicia su observancia y su aplicación legal.

Cada sociedad de un país determinado sufre el fenómeno de la criminalidad, cuya consecuencia inmediata es producir muerte y destrucción, el nuestro no es la excepción, el factor existente es la pobreza y la pobreza extrema en que vive nuestra población, entre ese fenómeno de criminalidad, se tiene la delincuencia común, en tanto que el crimen organizado, que puede ser nacional o transnacional, que cada día sigue en espiral ascendente, esto provoca la necesidad de crear nuevas leyes para reprimir a ese crimen organizado existente, en busca de la seguridad de las personas como integrantes de la sociedad, de ahí la frase que dice “lo que fue novedad en una época, ya no lo será en la otra”.

Las sociedades experimentan diversas conflictividades, lo que hace indispensable la búsqueda de soluciones inmediatas, pues las leyes que están vigentes ya no responden a la realidad social, habida cuenta Guatemala tiene un número considerativo de cuerpos legales, que vienen a frenar en parte las operaciones delincuenciales, entre ellos están: Ley contra la Delincuencia Organizada, Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Ley contra la Narcoactividad, Ley contra el Femicidio y Otras formas de Violencia contra la Mujer, Ley de Armas y Municiones y últimamente la Ley contra la Corrupción.

Por su parte la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en su 51ª Sesión Plenaria de la Asamblea General del 31 de octubre de 2003, es motivo de análisis por parte del tratadista Rafael Argullo Matéu,

profesor de la Universidad de Alicante, España, en su obra Documentos Básicos de Ética Pública y Lucha contra la Corrupción, “hace un análisis sobre dicha Sesión plenaria, en el cual el Secretario General de Naciones Unidas, califica de “gran logro” tomando en cuenta la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia. Para prevenir la corrupción, la convención recoge a su vez una lista detallada de las medidas que restauran la aplicación de políticas y prácticas preventivas. Aconseja promover la transparencia y la responsabilidad en la gestión de las finanzas públicas. También en ella se establecen medidas destinadas a prevenir el blanqueo de dinero, y otras destinadas a garantizar la independencia del poder judicial.^{1”}

Nuestro sistema jurídico es desactualizado especialmente el Código Penal, de esa cuenta el organismo legislativo ha tenido la necesidad de crear leyes penales especiales para incorporarlas al ordenamiento legal sustantivo y adaptarlas con el avance que ha tenido el crimen organizado transnacional, al respecto el Dr. Carlos A. Flores Pérez catedrático de la Universidad Nacional de México (UNAM), en su obra Crimen Organizado y Política, desarrolla el concepto de Crimen Organizado: “Es un sistema de relaciones socio-políticas perdurables, caracterizados por redes clientelares de cooperación entre criminales profesionales y funcionarios públicos que persiguen el propósito de obtener ganancias económicas mediante el desarrollo de diversas actividades ilícitas, apoyadas en última instancia por el uso de la violencia.^{2”}

Con la finalidad de combatir el crimen organizado transnacional, y puntualmente tratar de erradicar el fenómeno de la corrupción generada por estas estructuras criminales, surge la ley contra la corrupción, Decreto 31- 2012 del Congreso de la República de Guatemala, que adicionó nuevos tipos penales al Código Penal, contenidos en el Decreto número 17-73 del Congreso de la República, entre los tipos penales nuevos de la ley están,

¹ Argullo Matéu, Rafael. Obra. Documentos Básicos de Ética y Política, lucha contra la corrupción.

² Flores Pérez, Carlos Antonio. Crimen Organizado y Política, Universidad Nacional de México. México. 2011.

por ejemplo están el artículo 15, adiciona el artículo 419 Bis del Código Penal, creando el tipo penal de Incumplimiento del deber de presentar declaración jurada patrimonial; el artículo 17, adiciona el artículo 419 Ter del Código Penal, creando el tipo penal de Falsedad en declaración jurada patrimonial; el artículo 25, adiciona el artículo 442 Ter del Código Penal, creando el tipo penal de Cohecho Pasivo transnacional; el artículo 28, adiciona el artículo 445 Bis del Código Penal, creando el tipo penal de Peculado por uso; el artículo 31, adiciona el artículo 448 Bis del Código Penal, creando el tipo penal de Enriquecimiento ilícito; el artículo 32, adiciona el artículo 448 Ter al Código Penal, creando el tipo penal de Enriquecimiento ilícito de particulares; el artículo 33, adiciona el artículo 448 Quáter del Código Penal, creando el tipo penal de Testaferrato; el artículo 35, adiciona el artículo 449 Bis del Código Penal, creando el tipo penal de Tráfico de influencias; el artículo 37, adiciona el artículo 450 Bis del Código Penal, creando el tipo penal de Cobro ilegal de comisiones y el artículo 40, adiciona el artículo 458 Bis del Código Penal, creando el tipo penal de Obstaculización a la acción penal.

Estos nuevos tipos penales, amplían la cobertura de figuras delictivas que pueden ser atribuidas a los funcionarios o empleados públicos, contra la administración pública y contra la administración de justicia. Esta ley denominada anti-corrupción, a pesar de tener ocho meses de su vigencia, aún no se ha tenido conocimiento en los tribunales que se haya instruido proceso penal en contra de alguna persona, con la calidad de funcionario o empleado público.

El Estado de Guatemala, es parte de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, cuya finalidad es combatir en forma integral y multilateral la creciente amenaza de la delincuencia organizada. Guatemala promulgó el Decreto número 21-2006 del Congreso de la República, Ley contra la Delincuencia Organizada ha sido redactada y aprobada en total desafío de la garantía del artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala (principio de legalidad), que conforme a un Estado Democrático de Derecho, establece el derecho penal de acto y no el derecho penal de autor.

El tipo penal más controversial es el delito de Asociación ilícita, regulado en el artículo 4 de la Ley contra la Delincuencia Organizada, el Defensor Público y/o Defensora Pública en su calidad de operador de justicia, ha observado que estas leyes penales especiales, han violentado los derechos fundamentales del acusado. Esta política criminal del Estado, pareciera que lo más importante es reprimir al delincuente, aún cuando se deba que vulnerar sus más elementales derechos. Antes de entrar a analizar el referido delito se proporciona el concepto de delito, según la teoría general del delito, por considerarlo el más completo: es toda acción u omisión de carácter voluntaria típica, antijurídica y culpable, sancionada con una pena o una medida de seguridad y corrección.

Ahora se procede al análisis jurídico del tipo penal de asociación ilícita, pues esta figura delictiva, ha sido objeto de constantes controversias entre las propias autoridades judiciales y que se estima que su estudio servirá al lector, sea éste, profesional del derecho, estudiante de derecho o el propio Defensor Público y/o Defensora Pública. El artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece el principio de legalidad sustantiva y contempla el denominado derecho penal de acto, cuando establece: “No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración”. Analizada la norma del artículo 4 de la Ley contra la Delincuencia Organizada, al establecer la naturaleza y los alcances legales del tipo penal en mención, (Asociación Ilícita), encontramos que dicho delito es contrario a la norma legal constitucional.

Para iniciar el estudio, se citará algunos autores entre ellos, Carlos Montan Palestra, quien en el libro Derecho Penal Parte Especial se pronuncia sobre el delito de Asociación Ilícita y expresa: “La figura se constituye con tres elementos: la acción de tomar parte en una asociación o banda; un determinado número mínimo de personas para constituir la asociación y el propósito de todos y cada uno de sus miembros de cometer delitos. El delito se consuma con el solo hecho de formar parte de la asociación, y esa consumación se prolonga hasta que la asociación se concluye, sea por disolución, sea por el arresto de los asociados o de alguno de ellos que

reduzca el número a menos de tres³”

En el mismo sentido el autor Abel Cornejo en su obra Asociación Ilícita y Delitos contra el Orden Público, se pronuncia: “En efecto, tratándose de un delito colectivo o de pluralidad de personas, el número de integrantes reviste particular interés debido a que el propósito asociativo -que versa en cometer delitos- se nutre en el número de integrantes de la asociación para lograr una mayor eficacia delictiva, ya que la reunión de tres o más personas antecede a cualquier delito que se proponga cometer per se, razón por la cual a cada integrante de la organización criminal le tocará cumplir un rol determinado⁴”

Establecido el concepto de asociación ilícita, por los autores ya mencionados, estamos en capacidad para elaborar una definición, el cual consistirá en un concepto más amplio de lo que debemos entender por dicha Asociación, recurriendo para ello al artículo 2 de la Ley contra la Delincuencia Organizada, entiende por Asociación Ilícita cuando expresa: “Se considera grupo delictivo organizado u organización criminal, a cualquier grupo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente, con el propósito de cometer uno o más de los delitos contenidos en la Ley contra la Narcoactividad; los delitos contenidos en la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos; los delitos contenidos en la Ley de Migración; los delitos contenidos en la Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo; los delitos contenidos en el Código Penal; los delitos contenidos en la Ley contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero y los delitos contenidos en la presente ley. Entendiéndose que el delito de Asociación Ilícita puede ser sancionado con la aplicación de cualquiera de estos instrumentos legales.

En lo personal, considero que para la integración de la asociación ilícita, debe haber previamente un acuerdo de voluntades entre las

³ Montan Palestra, Carlos. Derecho Penal parte Especial. Buenos Aires Argentina. Edición 2002. Páginas 706 y 707.

⁴ Cornejo, Abel. Obra. Asociación Ilícita y Delitos contra el Orden Público. Rubinzal-Culzoni. Editores. Página 51.

partes, de ahí que la resolución no es necesario que quede impresa en un documento, sino que se refiere al concierto de voluntades de tres o más personas tendiente a la perpetración de actos ilícitos que comprende la comisión de delitos indeterminados, especificadas estas características y elementos, se puede señalar que asociación ilícita es un grupo delincuencial que estructurado con la integración de tres o más personas y que concertados en acuerdos voluntarios, convienen en el ejercicio de formar una asociación con fines delictivos, con el propósito de cometer delitos indeterminados.

El acuerdo debe llevar a que los integrantes de la Asociación actúen en forma organizada y permanente, ya que de no existir un nexo funcional que denote en los actos que lleve a cabo la sociedad criminal una estructura delictiva estable, no se estará ante una asociación ilícita, sino otros injustos penales.

El tratadista Argentino el Dr. Ricardo Cayetano Núñez, refiriéndose a los acuerdos de la asociación ilícita dice: “existe una asociación ilícita, si tres o más personas han acordado (pactado o concertado) cooperar en la comisión de delitos. Es esencial la existencia de un acuerdo, porque sin concierto o pacto no puede haber cooperación. El acuerdo existe cuando los individuos interesados han manifestado, expresa o implícitamente, su voluntad de obrar concertadamente para cometer delitos, prestándose cooperación al efecto⁵”.

Se cuestiona si dicha figura delictiva es inconstitucional, ya que penaliza el sólo hecho de pertenecer o integrar la Organización Delincuencial, sin que para ello exista la realización de la acción punible como elemento del delito, con el cual se encuadra la conducta del sujeto activo del delito. Esta Política Criminal Estatal, concibe al delincuente por pertenecer o integrar un grupo delincuencial, independientemente de la realización de otros delitos cometidos por esa organización delincuencial. El delito de Asociación Ilícita, es un delito autónomo e independiente. Este tipo penal

⁵ Núñez, Ricardo Cayetano. Obra. Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Marcos Lerner Editora. Córdoba. Argentina. 2da. Edición. 1999.

se consuma con el solo hecho de pertenencia a la organización delincriminal, es decir, no es necesario que el sujeto activo realice actos externos de conductas prohibidas. A esto se le denomina derecho penal de autor, o derecho penal del enemigo, el cual se produce una estigmatización de la persona, como ser humano, pues basta su permanencia en la organización criminal para dictar un fallo de condena en su contra.

Controversia judicial con el delito de Asociación Ilícita:

En la Unidad Nacional de Impugnaciones, con la emisión de fallos de los tribunales de sentencia, hemos tenido la experiencia del análisis jurídico de fallos de condena por el delito de asociación ilícita y la condena de otros delitos, dígame: Obstrucción de justicia, Obstrucción Extorsiva de Tránsito y otros. Estos fallos en su mayoría, han sido objeto de discusión, en virtud que los jueces de sentencia al dictar la sentencia, tienen la obligación de desarrollar el contenido del artículo 65 del Código Penal (fijación de la pena), en el cual el tribunal debe consignar los extremos y que ha considerado determinantes para la regulación de la pena. Estos extremos son: a) Peligrosidad social del culpable; b) Antecedentes penales de éste y de la víctima; c) el móvil del delito; d) extensión e intensidad del daño causado y e) circunstancias agravantes o atenuantes que concurran en el hecho, que dicho de paso, este último extremo del artículo 65 del Código Penal, se considera de aplicación del sistema penal inquisitivo, por cuanto en un sistema penal acusatorio, es el Ministerio Público el obligado de especificar en la acusación, las circunstancias agravantes, esto de conformidad con el artículo 332 Bis numeral 4) del Código Procesal Penal.

Pero sin perder el tema del delito de Asociación Ilícita, sucede que el juez de sentencia, cuando emite el fallo de condena por este delito, juntamente con condena de los delitos de Obstrucción de Justicia y Obstrucción Extorsiva del Tránsito, así como de otras figuras delictivas, el juez de sentencia al desarrollar el parámetro de la extensión e intensidad del daño causado a la víctima, a que hace acopio el artículo 65 del Código Penal, para la imposición de la pena de prisión, decide imponer la pena

máxima señalada en la ley para el tipo penal de Asociación Ilícita, de ocho años de prisión incommutables, porque considera que el daño causado a la víctima es irreparable o en su caso, el daño causado es grave.

Esto ha sido un criterio infundado por parte del administrador de justicia, pues como quedó expresado en el presente trabajo de investigación, el delito de Asociación Ilícita, es un delito autónomo y es independiente de la realización de otros delitos. Existe doctrina sentada por la Cámara Penal, de la Corte Suprema de Justicia, sobre estas condenas por el delito de Asociación Ilícita, el cual se transcribirá en forma breve en la presente investigación: “La extensión e intensidad del daño causado no debe valorarse para graduar la pena, si se soporta en el daño que ha sido considerado por el legislador como elemento del tipo penal. Aquél se refiere como circunstancia graduadora de la pena, a un daño que es extensión del que ha sido contemplado en la figura delictiva, y por ello mediato al daño inicial. En el presente caso, lo considerado por el sentenciante no soporta jurídicamente la elevación de la pena, pues, se refiere precisamente al valor fundamental protegido a través del tipo de asociación ilícita. Cada uno de los parámetros establecidos en el artículo 65 del Código Penal, tiene que quedar debidamente acreditados en el juicio, y no pueden sustituirse por simples conceptos o subjetividades del juzgador. En el tipo penal de asociación ilícita, está inmerso el fin de cometer delitos indeterminados, pero los concretos delitos cometidos por la asociación ilícita no pertenecen al tipo, sino que, concurren en forma real con aquél. En el presente caso, se acreditan los hechos de plagio o secuestro, asociación ilícita y depósito ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, lo cuales son autónomos, es decir, ninguno es medio para cometer el otro, por lo que es correcto calificarlos a efectos de la pena como concurso real. En la presente causa, el sentenciante no acreditó ninguna de ellas, y determinó la pena máxima con fundamento en la extensión e intensidad del daño causado, relacionando bienes jurídicos lesionados que constituyen consecuencias necesarias en la realización del tipo penal de asociación ilícita”. Se entiende que el juzgador no

puede apreciar el parámetro de la extensión e intensidad del daño causado a la víctima, que señala el artículo 65 del Código Penal, derivada de la realización de otros delitos, para elevar la pena al máximo por el delito de Asociación Ilícita.

BIBLIOGRAFÍA:

1. Argullo Matéu, Rafael. Obra. Documentos Básicos de Ética y Política, lucha contra la corrupción.
2. Flores Pérez, Carlos Antonio. Crimen Organizado y Política. Universidad Nacional de México. México. 2011.
3. Montan Palestra, Carlos. Derecho Penal parte Especial. Buenos Aires Argentina. Páginas 706 y 707. Edición 2002.
4. Cornejo, Abel. Obra. Asociación Ilícita y Delitos contra el Orden Público. Rubinzal-Culzoni. Editores. Página 51.
5. Núñez, Ricardo Cayetano. Obra. Manual de Derecho Penal, parte Especial. Marcos Lerner Editora. Córdoba. Argentina. 2da. Edición. 1999.

LEYES CONSULTADAS:

1. Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Artículo 8.2.f).
2. Ley contra la Delincuencia Organizada. Decreto Número 21-2006 del Congreso de la República. Artículo 4.
3. Código Penal de Guatemala. Decreto Número 17-73 del Congreso de la República. Artículo 447.
4. Ley contra la Corrupción. Decreto Número 31-2012 del Congreso de la República. Artículos 3 y 35.
5. Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal. Decreto Número 17-2009 del Congreso de la República. Artículo 27.

PÁGINAS DE INTERNET CONSULTADAS:

www.wikipedia, la enciclopedia libre en español.

DOCTRINA Y PRÁCTICA.
LOS DELITOS DE ACCIÓN
CULPOSOS EN LA
DOCTRINA Y EN LA
PRÁCTICA



DOCTRINA Y PRÁCTICA.

LOS DELITOS DE ACCIÓN CULPOSOS EN LA DOCTRINA Y EN LA PRÁCTICA

Dr. Héctor Aníbal De León Velasco

1. Elementos.

¹Hemos dicho ya antes que el tipo de injusto en los delitos de acción culposos no se individualiza por la finalidad que el sujeto perseguía, que puede ser perfectamente lícita, sino por la forma en que se obtiene la finalidad perseguida, y que se caracteriza porque va acompañada por la violación de un deber de cuidado.

La finalidad perseguida sigue siendo un dato siempre importante, pues solo a partir de su conocimiento sabremos cual era la verdadera naturaleza de la conducta realizada y podemos como etapa siguiente averiguar cuál era el deber de cuidado que le correspondía al sujeto en tal circunstancia. Y es que el deber de cuidado preexistente no está tanto en función del tipo que se ha realizado, sino en cuanto a la conducta que se realiza, a partir de la cual se podrá cerrar el tipo, ya que se trata de tipos abiertos, lo que no está en contraste con el principio de legalidad, ya que no se trata de que el juez indique formas análogas, sino que no es posible que la ley determine las formas en que un homicidio o unas lesiones (por ejemplo) sean cometidos en forma culposa.

De ahí que se diga que los tipos imprudentes son abiertos, pues la determinación del cuidado que se exige está condicionada por la conducta que se realice, a partir de la cual se podrá cerrar el tipo. Por ejemplo, si

¹ Manual de Derecho Penal Guatemalteco, parte general, p. 227

salgo con mi automóvil del garaje y atropello a un transeúnte causándole lesiones, puede establecerse en seguida la finalidad que perseguía, que puede ser, ir de compras al supermercado; luego, si se comprueba que no tuve el cuidado que se estima socialmente que debe tenerse al salir de un garaje hacia la calle, el resultado es una lesión culposa, pues el cuidado debido exige, cualquiera que sea mi finalidad al conducir un vehículo automotor que me cerciore (ponga atención, tenga cuidado) de que no hay peatones para que pueda circular por la calle.

Solo Ciertos hechos cometidos por imprudencia son posibles de identificar como delitos. Esta decisión político-criminal, recogida en el párrafo segundo del artículo 12 del Código Penal supone la consagración en nuestro derecho del principio de proporcionalidad del castigo de los delitos imprudentes, aceptado en el derecho penal contemporáneo; por tanto la solución de prever junto cada delito doloso su correspondiente delito imprudente no es admitida por nuestra legislación, además la técnica del *numerus Clausus* permite saber con mayor seguridad cuando es punible la imprudencia, puesto que en el sistema de incriminación abierta es dudoso si una serie de delitos admiten o no su modalidad culposa.²

Cabe señalar que en nuestro medio existe, al menos en la opinión pública, la idea que cualquier hecho de tránsito es de por sí una acción culposa de los conductores de los vehículos, opinión que es posible disuadir con la presencia de los elementos del delito culposo.

No puede negarse que el incremento del tráfico automotor de nuestros días, ha producido a su vez, el incremento de las fuentes de riesgo en los hechos culposos; pero cuando la fuente de riesgo no emana del conductor, no es admisible su imputación por imprudencia.

La forma imprudente o culposa, está prevista en la parte especial del Código Penal: el homicidio culposo del artículo 127, las lesiones del 150, el aborto culposo verificado por un tercero, del 139, la conducción de vehículos imprudente o negligente del 157.²⁰, el incendio y el estrago del

² Mir Puig, Santiago, Derecho penal, parte general, p. 269.

285, los desastres del 293, la propagación de enfermedad en plantas y animales del 345, el peculado del 446, el prevaricato del 463 y la evasión del 472.

Al momento de determinar los elementos del tipo imprudente en el caso concreto, se han de tener en cuenta aquellos que constituyen el tipo del correspondiente delito doloso, exceptuando por supuesto el volitivo. En efecto, a salvo de que el propio tipo imprudente haga especificaciones ulteriores, los elementos del tipo imprudente son los mismos que los del delito doloso respectivo, salvo que en lugar del dolo se produce una inobservancia al deber de cuidado objetivamente debido.

2. Elementos generales del tipo imprudente.

En términos generales elementos del tipo imprudente serán por consiguiente, una acción que en sus componentes objetivo se corresponde con la de un delito doloso, luego la inobservancia del deber de cuidado objetivamente debido, y si estamos ante un delito de resultado, la producción de un resultado material, que deberá estar unido en relación de causalidad y respetando los criterios de imputación objetiva propios de los delitos imprudentes a la acción realizada.

Como se ha expresado los tipos culposos son tipos abiertos que requieren de una norma de cuidado que permita identificar el correspondiente deber de cuidado para cerrar el tipo; corresponde al juez, en todo caso identificar y determinar el contenido de la conducta imprudente prohibida³.

Es al juez al que corresponde cerrar el tipo en vista de que al tratarse de una regulación amplia no se indican las características de tipo sino solamente su pertenencia al modelo de los tipos imprudentes.

³ Villavicencio T., Felipe. Derecho Penal, parte general, p. 383

2.1 La infracción del deber objetivo de cuidado.

Es el elemento fundamental del tipo imprudente, el núcleo del tipo⁴, que se obtiene de la divergencia entre la acción realmente efectuada y la que debió realizarse en virtud del deber objetivo de cuidado. Cuando se infringe una norma de cuidado, se incrementa el riesgo para el bien jurídico protegido; en consecuencia, como lo han expresado Zaffaroni y Berdugo, “los tipos imprudentes no criminalizan acciones como tales, sino que estas acciones se prohíben en razón que el resultado se produce por una particular forma de realización de la acción.”⁵

Este deber, al final de cuentas, consiste en el cuidado requerido en la vida de relación social, el cuidado que todo ser humano racional debe poner en sus actividades en el ámbito social para no lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos de los demás. En palabras de Muñoz Conde “Ello supone un juicio⁶ normativo que surge de la comparación entre la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y prudente en la situación del autor y la observada por el autor realmente.”

El cuidado que se exige en tales casos, es el objetivamente debido y no más que eso: el cuidado que la sociedad demanda a cualquiera de sus ciudadanos al realizar la actividad social de que se trate, y no el que un ciudadano concreto está subjetivamente en condiciones de prestar, porque hay ciudadanos más diestros que otros en ciertas actividades. Ello trae como consecuencia que si una persona no está en condiciones de alcanzar el nivel de cuidado que la sociedad exige al realizar cierta actividad social, debe abstenerse de realizarla, sin que quepa agregar que ha prestado el cuidado del que individualmente era capaz; por ejemplo si no tiene la destreza necesaria para conducir un vehículo, y por tanto tal destreza no está certificada mediante la licencia respectiva.

⁴ De Mata Vela, J. F., De León Velasco, H. A. Derecho penal Guatemalteco. T. I. parte general, 24^a. Edición, pág. 171

⁵ Villavicencio T., Felipe, ídem, p. 385

⁶ Cit. Por De MataVela, J. F., De León Velasco, H. A., ídem.

Ello podría plantear algunos problemas específicos, como cuando nos encontramos con ciudadanos que no es que tengan capacidades inferiores a las del ciudadano corriente sino que, por el contrario, poseen aptitudes especiales, por encima del promedio de los ciudadanos a la hora de realizar ciertas actividades sociales. Si en tales casos nos limitamos a exigir un comportamiento de ciudadano corriente no podríamos castigar a quien produce unos daños pudiendo haberlos evitado prestando el cuidado del que él, y no la mayoría de ciudadanos era capaz.

Para un sector de la doctrina, en estos casos hay que atender también las situaciones en que ese ciudadano, conociendo sus aptitudes especiales, decidió conscientemente no utilizarlas, aunque sin intención de causar un resultado lesivo ni aceptar su posibilidad (como dolo eventual), o si no estuvo sin proponérselo a la altura de esas aptitudes que tiene y que conoce que posee; Mir Puig cita el caso del cirujano que “deja de emplear su especial capacidad para practicar determinada técnica, no solo adquirida por aprendizaje sino debida a su especial capacidad y emplea solo la que el cirujano medio puede utilizar”.⁷

En el primero de los casos el autor infringe la norma de cuidado, que le exige comportarse del modo más diligente posible, es decir, si el sujeto decidió no aplicar sus facultades actuó negligentemente. En el segundo caso es más difícil demostrar que hubo infracción de la norma de cuidado. Lo importante en ese caso será analizar si el sujeto no aplicó el cuidado debido, desde el punto de vista de un observador objetivo, que es lo que importa en el injusto, a la hora de determinar la necesidad de utilizar esas facultades excepcionales para evitar la lesión o peligro del bien jurídico, aunque si no lo hace, sabiendo todos que disponía de recursos para atender ciertas situaciones especiales, habrá actuado negligentemente (6, Mir Puig, *ibíd.*)

Para otro sector de la doctrina el deber objetivo de cuidado es un criterio que no debe exceptuarse en ningún caso, ni siquiera en situaciones en que el ciudadano en cuestión posee aptitudes especiales; de acuerdo

⁷ Mir Puig, S. Derecho Penal, parte general, p. 278

con los autores que representan este criterio tales casos extraordinarios podrían resolverse satisfactoriamente en una buena parte de las ocasiones a través de la punición por un comportamiento omisivo doloso.⁸

2.1.1 Criterios de determinación del deber objetivo de cuidado.

El primer requisito para determinar si se viola el deber objetivo de cuidado, o cuidado debido, es el de si la conducta es peligrosa para el bien jurídico, esto es, si tal conducta es objetivamente previsible, desde una perspectiva ex ante, al inicio de la acción, de la que va a derivar el resultado dañoso.

Sin embargo, la observancia del cuidado objetivamente debido no supone que resulten inaceptables en nuestra sociedad todas aquellas conductas cuya realización crea un serio riesgo de lesión de bienes jurídicos. Las sociedades en que vivimos ven como algo normal determinadas actividades que son en sí mismas peligrosas, pero que por sus beneficios sociales son admisibles. Sin ir tan lejos, podemos pensar como tal, la de conducción de vehículos automotores, y ya no se diga de la existencia de grandes fábricas que utilizan materiales radiactivos, que son nocivos para la salud humana, o bien para el medio ambiente; o los trabajos con materiales explosivos, o los que se realizan para la extracción de minerales, etc.

De ello podemos colegir, que una conducta infringirá el cuidado objetivamente debido cuando además de ser peligrosa para determinados bienes jurídicos, se realiza de una manera o en unas circunstancias en las que una persona prudente y sensata de nuestra sociedad se hubiera abstenido de realizar. Con esta exigencia se introduce el elemento normativo en el concepto de cuidado

⁸ Cerezo Mir, José. Curso de Derecho Penal español. T.II, pp. 162-163.

objetivamente debido, elemento que presta atención al riesgo que está dispuesta a aceptar la sociedad de que se trate. En ocasiones ello se identifica con el denominado riesgo permitido, que algunos autores en lugar de conceptualarlo como elemento del delito imprudente lo colocan como una causa de justificación.

Los deberes objetivos de cuidado se encuentran frecuentemente establecidos en ciertas disposiciones reglamentarias; en el caso del tránsito de vehículos, en el reglamento de tránsito. En tales casos, la violación de los preceptos reglamentarios es un indicio muy fuerte de que el sujeto ha violado el deber objetivo de cuidado que le correspondía en relación con ese sector de la vida social.

Ahora bien, en las distintas actividades sociales son incontables las conductas en que se afecta un bien jurídico ajeno a través de la violación de un deber de cuidado, cuyo contenido no se encuentra reglamentado, lo que puede considerarse como normal e inevitable puesto que las actividades del ser humano en que debe observarse un cuidado racional y objetivo para no afectar a los demás son innumerables y muchas de ellas escapan a las reglamentaciones; en tales casos hay que remitirse a las pautas socialmente aceptadas de cuidado, en cada área o sector social.

2.1.2 El principio de la confianza.

Todo lo dicho anteriormente permite prever que en la práctica, la determinación del deber de cuidado no sea siempre fácil para los tribunales. Se ha señalado como uno de los supuestos problemáticos, el de las actividades compartidas peligrosas pero socialmente aceptadas, en las que todos los participantes tienen su correspondiente deber de cuidado, siendo especialmente difícil preciar hasta qué punto los partícipes tienen que comportarse respetando exclusivamente las normas de cuidados que a ellos

directamente les afectan, o bien deben atender a si los demás participantes en la actividad respetan el cuidado que les corresponde, extremando el suyo propio en caso contrario. La referencia más cercana en tal caso, es la conducción de automotores. La situación relativa a tales actividades se puede ejemplificar en el caso del peatón que cruza la calle en una zona prohibida siendo atropellado por un automovilista, que si hubiera a su vez, extremado el cuidado que le correspondía hubiera podido evitar el suceso.

La aplicación del principio de la confianza es una de las soluciones propuestas en cuanto al caso. Según éste, resulta conforme al deber de cuidado la conducta de quien, en cualquier actividad compartida, observando el cuidado que a él directamente le corresponde, se comporta con la confianza de que los demás participantes simultáneos en esa actividad (en este caso todos aquellos que se encuentran en el tráfico de vehículos), también se ajustará a su correspondiente deber de cuidado, mientras no se tenga razón suficiente para estimar lo contrario.

Si el automovilista tan mencionado en este artículo, no tiene motivos para pensar que el peatón pasará en la zona prohibida, la conducta imprudente será la del propio peatón; distinto será si al ser el peatón un niño que camina detrás de una pelota, hay razones también para estimar que en seguimiento de la pelota el niño cruzará la calzada por donde pueda, incluso la zona prohibida. En tal caso el deber objetivo de cuidado compete al conductor, de manera extrema, reduciendo notablemente la velocidad, o aún deteniéndose.

2.2 El resultado delictivo.

La mayor parte de los delitos imprudentes son de resultado material. Ello implica que junto a la acción imprudente debe concurrir un daño para un bien jurídico, configurando un efecto separable de la acción y que está en relación causal con ella. En tales casos el resultado material integra el tipo como uno de los aspectos expresivos del injusto del comportamiento.

No obstante, ciertos sectores de la doctrina⁹ (Por todos, Cerezo M. Problemas fundamentales pág. 21) han planteado que si el hecho imprudente es básicamente una infracción a una norma de cuidado objetiva, el resultado lesivo no tendría relevancia en el injusto, debiendo estar colocado al margen de él, en la última categoría del delito, la punibilidad. En tal posición influyeron las ideas de H. Welzel, quien consideró que el resultado tiene una simple función de conceder relevancia jurídico penal a la preexistente infracción de la norma de cuidado, cuya gravedad sin embargo, no aumentaría ni disminuiría con la presencia o ausencia del resultado.¹⁰ (Cerezo, id. P. 20).

La doctrina dominante indica que la imputación del resultado concede relevancia jurídico penal a la infracción de la norma de cuidado: la exigencia del riesgo típico es consecuencia de la infracción de la norma de cuidado¹¹, en consecuencia: “lo que importa aquí es que el resultado sea imputable al sujeto por el riesgo derivado de la infracción de la norma de cuidado”¹². En consecuencia la presencia del resultado es necesaria, tanto para plasmar en la mayor parte de las ocasiones el desvalor del resultado ligado a la efectiva producción del resultado material, como para satisfacer una de las funciones garantistas básicas del tipo, cual es la seguridad jurídica, que se vería menoscabada si hubiéramos de determinar las conductas imprudentes sin el apoyo de la exigencia de que de esa conducta se derive un resultado dañoso.

2.3 La relación de causalidad.

En el tipo culposo debe darse una relación de causalidad entre la acción imprudente realizada y el resultado dañoso producido en el mundo exterior. Se admite por la doctrina de manera general que la relación de causalidad en los delitos imprudentes se ha de determinar de acuerdo con

⁹ Por todos: Cerezo M., José, id. P. 21

¹⁰ Cerezo Mir, J. *ibid.*

¹¹ Mir Puig, S., cit. Por Villavicencio T., Felipe, *ibid.*, p. 399

¹² Villavicencio T., Felipe, *ibid.*

la teoría de la causalidad adecuada, concepto que en nuestro derecho viene a ser reforzado por la existencia del artículo 10 del código penal.

Pero no basta que entre la violación del deber de cuidado y la producción del resultado exista una relación de causalidad.

Es preciso que el resultado pueda ser imputado objetivamente al autor de la acción imprudente.

Para ello es necesario que se den dos requisitos:

a) el resultado ha de ser precisamente consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido, es decir, que es prácticamente seguro que el resultado se hubiera evitado si el sujeto activo se hubiera comportado cuidadosamente. El caso del peatón que por irrumpir repentinamente en la calzada y es atropellado por el conductor que va a excesiva velocidad, pero se comprueba que, dada la repentina aparición del peatón, el automovilista manejando a velocidad autorizada no hubiera podido impedir el atropello, es una muestra de la falta de tal requisito, que como consecuencia no debe responder por la muerte o lesión del peatón a título de imprudencia.

b) el segundo requisito expresa que el resultado producido ha de ser de aquellos que trata de evitar la norma de cuidado. Esta exigencia hace que si el daño producido no es de aquellos en lo que está pensando evitar la norma de cuidado, el sujeto no debe responder por él, aunque no haya observado el cuidado debido. Ejemplo: quien conduce un automóvil a excesiva velocidad, faltando a su deber de cuidado, y arrolla a un sujeto que esperaba oculto al primer vehículo que pasara para arrojarle delante del mismo por motivos suicidas. Se aprecia que aun cuando la velocidad del vehículo le hubiera impedido utilizar los frenos o esquivar a la persona, el hecho de que esperara justamente para que al pasar el vehículo se diera el resultado deseado por el suicida hace que podamos afirmar que la norma que establece el deber de cuidado en la conducción automovilística, no está dispuesta para prever comportamientos suicidas.

3. Modalidades de delitos culposos en nuestro código penal.

3.1 Clases de imprudencia o culpa.

El artículo 12 del código menciona tres clases de injusto culposos: la imprudencia, la negligencia y la impericia, aunque estas dos últimas son especies de la primera y pueden por tanto ser consideradas dentro de ella; pues en efecto, la negligencia se superpone conceptualmente con la imprudencia, sin que pueda apreciarse un contenido semántico que haga diferencia. La impericia tiene un significado más específico, por cuanto alude a las cualidades necesarias para desempeñar con suficiente destreza alguna actividad, por lo que una persona que actúa con la debida atención se abstiene de realizarla; tal actitud de impericia cabe dentro de los supuestos de negligencia o imprudencia. Por ello preferimos utilizar el concepto genérico de imprudencia.

3.2 Grados de la imprudencia

En algunas legislaciones se alude a la imprudencia grave y a la imprudencia leve. Tal distinción tiene lugar en el plano de lo injusto, o lo que es lo mismo, en relación directa con la gravedad de la inobservancia del cuidado objetivamente debido, y tiene inmediatas repercusiones con la penalidad impuesto en un caso u otro.

En nuestro ordenamiento jurídico penal carecemos de esta distinción, pero se encuentran legisladas circunstancias modificativas de responsabilidad como la agravante de facilidad de prever del artículo 27 numeral 21 y la atenuante de dificultad de prever que guardan semejanza con los aludidos conceptos, puesto que en ellas se agrava o atenúa la pena por el delito imprudente en función de la menor o mayor dificultad que un ciudadano común de nuestra sociedad hubiera tenido para prever que de la conducta que realiza se iba a derivar un resultado dañoso.

Nuestra legislación no dispone de agravaciones de la imprudencia cuando el que la realiza es un profesional en el ámbito de su competencia, como sucede en otros ordenamientos, pero no puede considerarse un defecto de la ley porque el deber de cuidado es el que corresponde en cada actividad social, como ya se dijo.

4. Aplicación de la doctrina a la práctica.

Una buena parte de la doctrina anteriormente relacionada pudo aplicarse en el caso de nuestro defendido Walter OME. Al señor Walter se imputó el siguiente hecho: “Porque usted el día diecisiete de septiembre de dos mil ocho, a las dieciséis horas con treinta minutos aproximadamente, cuando conducía el vehículo placas de circulación P//8BJY, tipo automóvil, marca Toyota, modelo dos mil cuatro, color plata metálico, en forma imprudente, por no poner la debida atención y negligente, al no reducir la velocidad, a la altura del kilómetro nueve, zona diecisiete, ruta al Atlántico de norte a sur de esta ciudad, atropelló a la señora María BMO de sesenta y tres años de edad, quien se hacía acompañar de su esposo Juan HMO, cuando estos se disponían a cruzar la calle, causándole varias lesiones, que le provocaron la muerte el veintidós de septiembre de dos mil ocho a consecuencia de trauma craneo encefálico en el Hospital General San Juan de Dios, según necropsia médico legal.”

1. Prueba recibida.

Síntesis: se recibieron declaraciones de ocho testigos de cargo y uno de descargo. De los testigos de cargo siete declararon haber llegado después de sucedido el hecho, por lo que el valor probatorio declarado por el Tribunal fue “únicamente en cuanto a acreditar que el día diecisiete de septiembre de dos mil ocho en la ruta al Atlántico fue atropellada la señora María BMO, ya que de la forma que esto sucedió no le consta nada.”

El testigo Juan HMS, esposo de la fallecida, quien le acompañaba, declaró que “se atravesó un camión y su señora se puso nerviosa y en eso iban dos carros y cuando vio adelante se dio cuenta que a su esposa ya la había tirado el señor acusado, que fue por el camión que su esposa se puso nerviosa y que cuando vio para arriba ya habían atropellado a su esposa... que fue por un camión que su esposa se puso nerviosa y fue allí donde se despartaron.”

2. Elementos doctrinales aplicados.

Dos fueron los elementos de la doctrina aprovechados. El primero, el deber objetivo de cuidado; el segundo: el incremento del riesgo.

En la acusación el Ministerio Público expresó que el acusado había sido: “imprudente, por no poner la debida atención y negligente, al no reducir la velocidad.” Se señaló por la defensa que ambos aspectos debieron probarse por el acusador, en forma separada.

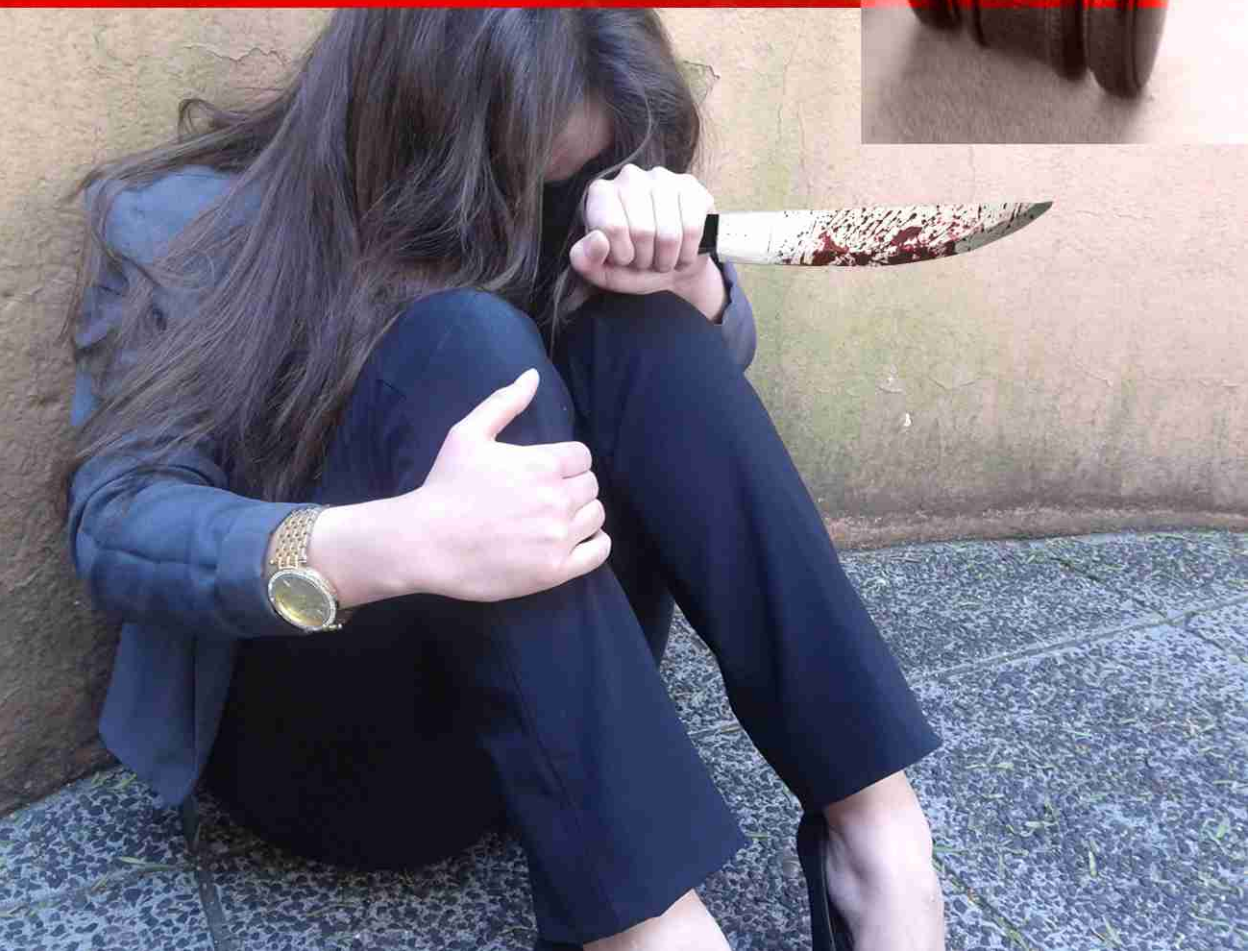
a) En cuanto a no poner la debida atención: La creación del riesgo fue acreditada por el testigo de cargo, cuando expresó que su esposa se puso nerviosa y se “despartaron”. Para complementar la idea del riesgo creado por la víctima, la defensa pidió a la víctima que explicara qué quería decir con que “se despartaron”. La respuesta fue que significaba que ella avanzó para cruzar la calle. En todo caso, el riesgo fue creado por la víctima del suceso.

b) Como quedó indicado en la explicación de la doctrina, si el imputado no es la fuente del riesgo, o no lo crea ni lo incrementa, no puede atribuírsele la infracción de la norma de cuidado objetivo, ni la infracción del deber de cuidado en el caso concreto. En cuanto al hecho de no reducir la velocidad, el ente acusador olvidó probar en forma científica la velocidad a que realmente se conducía el imputado; sin esa circunstancia tampoco podía probar la infracción de la norma de cuidado.

BIBLIOGRAFÍA

1. Cerezo Mir, José. Problemas fundamentales del derecho penal. Editorial Tecnos, Madrid, 1982.
2. De Mata Vela, José Francisco; De León Velasco, Héctor Aníbal, Derecho Penal Guatemalteco, Tomo I, 24ª Edición, Guatemala 2014.-
3. Diez Ripollés, José Luis; Giménez-Salinas, Esther, (coordinadores) Manual de Derecho Penal Guatemalteco; parte general; Artemis Edinter, Guatemala, 2001.-
4. Mir Puig, Santiago, Derecho Penal, parte General, Impreso por Tecfoto; Barcelona, 1998.-
5. Villavicencio Terreros, Felipe. Editora Jurídica Grijley, Lima, Perú, 2006.

**¿VÍCTIMA O VICTIMARIA?
EL ENFOQUE DE GÉNERO,
MECANISMO IDÓNEO PARA
OBTENER JUSTICIA.**



¿VÍCTIMA O VICTIMARIA? EL ENFOQUE DE GÉNERO, MECANISMO IDÓNEO PARA OBTENER JUSTICIA.

Licda. Nydia Arévalo Flores de Corzantes

Introducción:

En los tribunales de femicidio¹ y otras formas de violencia contra la mujer, se observan constantes casos de mujeres que perdieron la vida en manos de sus esposos, convivientes o parejas. Pero, lo extraño, es la muerte del esposo o conviviente a manos de la mujer, pues este hecho trasciende el rol social de docilidad, sumisión, y subordinación asignado a las mujeres, por lo que este hecho provoca un fuerte rechazo dentro de la sociedad, lo cual se convierte en una barrera que imposibilita detectar, que muchas de estas mujeres, actuaron en defensa de su vida e integridad física o la de sus hijos.

Ante este fenómeno, es necesario que la sociedad, se introduzca en la perspectiva de género y observe como ésta, ha permitido visibilizar importantísimos temas como la teoría de género, el enfoque de género y la violencia contra las mujeres. Esto permite entrever que en el derecho, al igual que en otras instituciones sociales, existen sesgos de género, que deben conocerse para luego de vislumbrarse, se pueda trasladar este análisis al derecho. Para ese fin, me permito analizar este tema, tomando como base un hecho real, acaecido en el interior del país. Se trata de una guatemalteca del área rural, que al verse en una situación de violencia

¹ Acuerdo numero 1 – 2010 de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Acuerda y Crea los Juzgados de Primera Instancia Penal y Tribunales de Sentencia de Delitos de Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer en Guatemala, Chiquimula y Quetzaltenango.

extrema, da muerte a su pareja, es llevada a prisión y el proceso requirió establecer si se trataba de una parricida o por el contrario, de una mujer víctima, que simplemente luchó para seguir con vida.

Los hechos de este caso paradigmático, consisten en que: “La señora: MARTA VIOLETA ESTRADA², vivía en el puerto de San José, del departamento de Escuintla, provenía de un hogar desintegrado, aprendió a leer y escribir, pero no culminó la escuela por la pobreza de su familia y la ausencia del padre, obligándole a trabajar desde su infancia para el sostenimiento del hogar. A los 12 años de edad huyó de su hogar, porque su padrastro intenta abusar sexualmente de ella. Siendo muy joven, sostuvo una relación sentimental con una pareja con quien procrea a su única hija y posteriormente mantiene una nueva relación sentimental por varios años con el señor Julio Cesar Paz Robles³, relación que desde el inicio fue violenta y conflictiva, por el abuso del alcohol, drogas y vagancia de su conviviente, quien constantemente la maltrataba y no cubría las necesidades del hogar. Era ella quién por medio de una venta de carnitas de marrano sostenía el gasto del hogar.

Sitúese el lector en este contexto, en la madrugada del 13 de abril de 2009, Marta Violeta Estrada, se presenta en la sub estación de la policía nacional civil del municipio del puerto de San José Escuintla, acompañada de una amiga y del esposo de ésta, indicando que la noche anterior, en el interior de su domicilio, su conviviente la había agredido a golpes y quien trata de atracarla con un machete, por lo que ella para defenderse, toma un cuchillo que estaba en la mesa y le causa heridas en el pecho y pierna, las cuales le provocaron la muerte. Luego de su relato, queda detenida e inicia su enjuiciamiento. En la audiencia de primera declaración⁴ el juez contralor de la investigación, la liga al proceso por el delito de parricidio⁵,

² El nombre de la víctima sindicada fue cambiado para no revictimizarla, se utilizara un nombre supuesto.

³ El nombre de esta persona fue sustituido utilizándose para el efecto un nombre supuesto.

⁴ causa 05005-2009-0058 oficial 5º. En el Juzgado de Primera Instancia Penal de Escuintla.

⁵ PARRICIDIO. ARTICULO 131 del código penal. Quien conociendo el vínculo, matare a cualquier ascendiente o descendiente, a su cónyuge o a la persona con quien hace vida marital, será castigado como parricida con prisión de 25 a 50 años. Se le impondrá pena de muerte, en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor y particular peligrosidad en el agente.

tomando en cuenta entre otros elementos: El vínculo entre ambos (convivientes), las heridas de la víctima y el arma empleada.

Debe reflexionarse en estos casos en que la víctima mortal no es la mujer sino su pareja (el hombre). Situación que debe analizarse desde la óptica de las relaciones de poder y la perspectiva de género, para evidenciar los estereotipos, femenino o masculino, que permitan establecer estas jerarquías de poder entre los géneros y combatirlos. Por su vital importancia, para establecer lo acaecido a Marta Violeta Estrada, se expondrá el tema del “GÉNERO” de forma concreta, pretendiendo no sacrificar su esencia.

1. Género y Sexo:

Para entender la trascendencia y efectividad de la categoría de género y su importancia en el ámbito jurídico, se debe investigar las raíces de este tema altamente discutido, se citan para ese efecto los conceptos de sexo y género. Salvando un mejor criterio, por sexo se entiende la constitución fisiológica y biológica de la mujer y del hombre, resaltado por rasgos, atributos, caracteres, aspectos y fisonomías propios. Ahora bien, el Género se refiere a la gama de roles, relaciones, características de la personalidad, actitudes, comportamientos, valores, poder relativo e influencia, socialmente construidos, que la sociedad asigna a ambos sexos de manera diferenciada. Mientras el sexo biológico está determinado por características genéticas y anatómicas, el género es una identidad adquirida y aprendida que varía ampliamente, intra e interculturalmente.

Antecedentes Históricos: Un antecedente con valioso significado, acontece en 1978, cuando el doctor y psiquiatra Robert Stoller, investiga a una pareja de gemelos idénticos, uno de los cuales, a causa de un accidente médico al efectuársele la circuncisión, sufrió la amputación del órgano sexual. La hipótesis de este científico descansa en determinar qué le pasaría al gemelo que nació siendo hombre, pero que físicamente ya no responde a ese sexo, porque le fue amputado el órgano sexual. Entonces, surgieron las siguientes preguntas: ¿Cómo debía ser criado? Que era mejor, ¿Tratarlo como un hombre sin miembro reproductivo o como mujer? Ante

esta premisa los médicos y la familia, deciden que era preferible socializarlo como niña, a ser un varón sin órgano sexual masculino. Fue así como creció, con la identidad sexual de una niña, y su hermano gemelo idéntico, vivió como niño.

2. Concepto de género:

Salvando mejor opinión, el género es la distribución de una gama de roles, relaciones y características de la personalidad, compuesta por determinadas actitudes, comportamientos, valores, poderes e influencias, socialmente construidos, que se asignan a ambos sexos de manera diferenciada, el género es una identidad adquirida y aprendida, que varía intra e interculturalmente.

3. Categoría de género:

Teresita Barbieri⁶, señala el concepto de género como la categoría que en las ciencias sociales, se utiliza para explicar la diferencia entre el sexo anatómico y fisiológico abordado por las ciencias biológicas y el género como el sexo socialmente construido. Se entiende que la categoría de género lo constituye el análisis social que permite visibilizar el conjunto de prácticas, normas, valores, estructuras, símbolos y caracterizaciones que la misma sociedad construyó como sistema de poder a partir del sexo.

4. Teoría de género.

La Teoría de Género, surge a raíz de la necesidad de diferenciar la parte biológica de la parte socialmente construida. Según Marcela Lagarde: “El poder como hecho positivo es la capacidad de decidir sobre la propia vida, como tal, es un hecho que trasciende al individuo y se plasma en los sujetos y en los espacios sociales: ahí se materializa como afirmación, como satisfacción de necesidades, y como consecuencia de objetivos. Pero el poder consiste también en la capacidad de decidir sobre la vida de otro, en la intervención con hechos que obligan, circunscriben, prohíben o impiden. Quien ejerce el poder se arroga el derecho al castigo y a conculcar bienes materiales y simbólicos. Desde esa posición domina, enjuicia y perdona.

⁶ De Barbieri, Teresita, " Sobre la categoría de género, una introducción teórica metodológica". Santiago de Chile: Editorial Fin de siglo, 1995. Pág. 50

Al hacerlo, acumula y reproduce poder”⁷. La Teoría de Género determina que el sistema sexo-género ha producido relaciones de desigualdad entre hombres y mujeres porque injustificadamente se han determinado ciertos roles tomando en consideración exclusivamente la división sexual y no la condición de la persona. En conclusión, la teoría de género: Es el conjunto de clases, teorías, hipótesis y conocimientos concernientes a la conceptualización social e histórico construido entorno al sexo de las personas.

5. Perspectiva de género:

La perspectiva de género, consiste en el enfoque que permite visualizar los distintos mecanismos, formas y efectos de la construcción social asignadas a los géneros según su sexo femenino y masculino, con la obligación de incorporar como eje medular y central del estudio a las relaciones de poder y de jerarquización entre ellos, con el objetivo fundamental de lograr la visibilización de desigualdades que derivan de la construcción social del género. Esta perspectiva se convierte en una herramienta eficaz, que permite visualizar las diferencias producidas por las calidades y cualidades asignadas socialmente a los géneros masculino y femenino, poniendo en el centro del análisis las relaciones de poder entre hombres y mujeres.

El derecho, especialmente el derecho penal y procesal penal, es influido por las distintas jerarquías en que se encuentra estructurado el sistema de género en una sociedad y a su vez influye y reproduce este sistema, como lo explica la Maestra Leonor Suárez Llanos, acerca de la categoría de la igualdad, es difícil salvar la objeción de que con la misma solo se puede conseguir convertir a las mujeres en hombres, ya que las estructuras socio-políticas han sido generadas por los hombres conforme a sus propias características.

⁷ Lagarde Marcela, “Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas”. México: Universidad Nacional Autónoma de México, editorial de la Dirección General de Estudios de Posgrado, Facultad de Filosofía y Letras, 1990. Pág. 46

6. Género y derecho:

El género se relaciona con el derecho, porque no se refiere exclusivamente a las mujeres o a los hombres, sino también a las relaciones entre ambos. La teoría del delito no debe ser observada con rigidez en los planteamientos de los casos de mujeres sindicadas, por ejemplo del delito de parricidio. Se estima que debe ser auxiliada de la teoría de género y perspectiva de género, pues en Guatemala existe un marco constitucional que ampara la eliminación de la violencia intrafamiliar y porque el género no puede ser excluido del derecho. En el ámbito del Derecho, el género se convierte en el instrumento que permite el acoplamiento entre el sistema de normas de conducta humanas, y las construcciones socio-histórico-culturales atribuidos a los sexos. En ese sentido el análisis de validez de las normas para en primer lugar y por el examen del procedimiento formal de sancionar y en segundo lugar pasa necesariamente por el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales de las personas pero desde la metodología que permite visibilizar los roles de poder asignados como construcción social a los sexos.

Con el objeto de evidenciar la existencia de factores de poder que pueden en determinado momento variar las circunstancias en las cuales participa una mujer en el hecho o eximirla de responsabilidad penal, esa visibilización de la pertenencia de género en un caso concreto, se detecta al entrar en juego criterios de valoración basados en conceptos discriminatorios e injustos tales como: EL androcentrismo, la generalización, el doble parámetro, la insensibilidad de género, el familismo, entre otros.

1. Importancia de una Metodología de Género en el Derecho:

Una metodología, es una teoría de análisis de cómo se debe proceder al hacer un estudio o una investigación. Y precisamente ese es el fin de este tema, plasmar una teoría acerca de cómo proceder al emplear los mismos métodos que emplean analistas tradicionales para llegar a conclusiones/soluciones no sexistas ni androcéntricas.⁸ La metodología de género planteada por Alda Facio, involucra solamente unos cuantos pasos,

⁸ Dra. Sandra Harding. FEMINISM AND METHODOLOGY, Indiana University Press, USA, 1987.

una vez que se ha tomado conciencia de lo que comprende el sexismo. Aunque a continuación se enumeran los seis pasos de su metodología, quiero recalcar que no siempre tiene que llevarse a cabo cada uno de ellos, ni tienen que realizarse en el orden que aquí se indica:

- PASO 1: Tomar conciencia de la subordinación del sexo femenino en forma personal.
- PASO 2: Identificar las distintas formas en que se manifiesta el sexismo en el texto, entre estos: El androcentrismo: (El hombre es el centro) La sobre especificidad: consiste en presentar como específico de un sexo, ciertas necesidades, actitudes e intereses que en realidad son de ambos. La sobregeneralización: Ocurre cuando un estudio se presenta de tal manera que es imposible saber si se trata de uno u otro sexo. La insensibilidad al género: Es cuando se ignora la variable sexo como una variable socialmente importante o válida. El doble parámetro: Se da cuando una misma conducta, situación idéntica y/o características humanas, son valoradas o evaluadas con distintos parámetros para uno y otro sexo. El dicotomismo sexual: tratamiento dado a los sexos como diametralmente opuestos.
- PASO 3: Identificar cuál es la mujer que en forma visible o invisible está en el texto: ejemplo; si es blanca, casada, pobre, etc. y analizar cuál o cuáles son sus efectos en las mujeres de distintos sectores, clases, razas, etnias, etc.
- PASO 4: Identificar cuál es la concepción de mujer que sirve de sustento al texto, es decir, si es sólo la mujer-madre, la mujer-familia o la mujer sólo en cuanto se asemeja al hombre, etc.
- PASO 5: Analizar el texto tomando en cuenta la influencia de y los efectos en los otros componentes del fenómeno legal.

PASO 6: Ampliar la toma de conciencia de lo que es el sexismo y colectivizarla.

Estimo fundamental para el que juzga, acusa o defiende, conocer y aplicar el género, especialmente cuando se trata de litigios penales, pues si no se tiene idea de la pertinencia de género, estos elementos pasaran inadvertidos; por los operadores de justicia, ocasionando fallos injustos o violatorios, como sucedió con Marta Violeta Estrada, y para demostrarlo cito las argumentaciones relevantes al tema y que fueron dirimidas por los sujetos procesales, basados en sesgos de género, detectados especial en las sentencias de primer grado, segundo grado y casación.

PROCEDIMIENTO EN PRIMERA INSTANCIA:

DE LOS ARGUMENTOS DE LA DEFENSA TÉCNICA:

- Ø La estrategia se basa en la teoría de género, apoyada en el peritaje con enfoque de género⁹, para visibilizar el actuar de esta mujer, explicando su temor de perder la vida, quien actúa en respuesta inmediata a una agresión ilegítima de su conviviente y que utiliza un cuchillo, dentro del marco de esa violencia intrafamiliar.
- Ø Se presentan las circunstancias eximentes de la responsabilidad penal, producto de la violencia física y psicológica sufrida por años, con fundamento en los síndromes de la mujer agredida y de impotencia aprendida vigentes al ciclo de violencia.
- Ø La tesis de legítima defensa, recae en el medio empleado

⁹ Peritaje con enfoque de Género de fecha 23 de octubre del 2009, perita Milagro López Aguilar.

para repeler la agresión, ante el requerimiento de la concurrencia de dos extremos distintos: la necesidad de defensa que se da cuando es contemporánea a la agresión que persiste mientras la agresión dura, siempre que sea, además la única vía posible para repelerla o impedirle. La racionalidad del medio empleado que exige la proporcionalidad, tanto en la especie como en la medida, de los medios empleados para repeler la agresión. En este caso, se establece que la proporcionalidad del medio empleado (un cuchillo) era el objeto mas cercano o a su alcance para repeler la agresión en contra que puso en riesgo su integridad y vida, además, el cuchillo es común que estuviera al alcance, pues es lo que utiliza comúnmente en su vida cotidiana una mujer. Además; el punto de la falta de provocación suficiente por parte del defensor, que debe entenderse que solo se da cuando la agresión es la reacción normal a la provocación de que fue objeto el agresor, se podrá denegar la legítima defensa.

DE LOS ARGUMENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO:

- Ø En la investigación la variable central presentada fue la persona del occiso, basándose en sesgos androcéntricos. La hipótesis fue orientada desde la perspectiva masculina, presentándolo como eje central del hecho imputado y por ende, como la única relevante, evidente en el lenguaje utilizado que invisibiliza las circunstancias en que ocurren los hechos imputados. En los hechos imputados no se hace mención a la violencia física y psicológica constante y continua dirigida a la mujer. La acusación sólo menciona que la mujer dio muerte a su conviviente usando un cuchillo, pero no menciona aquellas conductas que no son propias del sexo femenino.
- Ø El Ministerio Público, posee una unidad de género, que fue creada y organizada con procedimientos especial para su

abordaje, pero, en este caso con presencia de violencia contra la mujer evidencia la descoordinación en la práctica para atender a las mujeres víctimas de violencia, como sucede en este caso que no ocurre tal abordaje, a pesar que desde un inicio la mujer sindicada denuncia ser objeto de violencia contra la mujer, pero el aparato estatal no le responde.

DE LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL SENTENCIADOR:

- Ø Con fecha 17 de mayo del año 2010, el Tribunal de sentencia de Escuintla, la condena por el delito de HOMICIDIO EN ESTADO DE EMOCIÓN VIOLENTA. Fallo con evidente desconocimiento de la teoría de género, cargado de sesgos de género y por ende altamente discriminatorio. Las consideraciones realizadas por los jueces, giran alrededor del hombre como eje central de la acusación del Ministerio Público. Se descubre en el fallo la exclusión del género, como variable socialmente importante y válida al momento de emitir un juicio de condena. El no tomar en cuenta los distintos lugares que ocupan los hombres y las mujeres en las estructuras sociales o el mayor o menor poder que detentan, concluye en un juicio de condena. Se evidencia que el fallo se fundamenta en el doble parámetro, detectable en la parte considerativa que literalmente dice: “el considerar absolver a la sindicada, sería no reconocer el derecho ante la otra cara de la moneda de la violencia intrafamiliar”¹⁰. Lo anterior constituye, el agravio que habilita la presentación de un recurso de apelación especial por motivo de fondo.

¹⁰ Sentencia de fecha 17 de mayo del año 2010, dictada por el Tribunal de Sentencia Penal Narcoactividad y delitos contra el ambiente de Escuintla. En el apartado: IV) DE LA EXISTENCIA DEL DELITO. Línea 13.-

- Ø Se invisibilizan las circunstancias eximentes de responsabilidad penal producidas por los roles de poder ancestrales, que destacaban la teoría de género, según se cita literalmente: “estamos dándonos cuenta que la persona a la que se le imputa la comisión del ilícito penal es una mujer y que el agraviado es un hombre que fallece por una acción agresiva en su contra, en ese sentido basados en el derecho de igualdad podríamos establecer que tampoco, sería tolerable el hecho de aceptar la violencia en contra de hombres, personas avanzadas de edad o personas menores de edad, en la que el actor sea una mujer, porque entonces estaríamos entrando en un círculo vicioso y en discriminación, en donde se le permite a una persona agredir a otra, pero por ser mujer, se diría que los cúmulos de tensión facultarían para que en un nivel de estrés, pueda manifestarse que reacciona por un miedo invencible o en legítima defensa”.

DEL RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL POR MOTIVO DE FONDO CON ENFOQUE DE GÉNERO. El recurso estuvo a cargo de la Coordinación Nacional de Impugnaciones y para ese fin se realiza una mesa de análisis de casos¹¹ que concluye en presentar una estrategia recursiva con enfoque de género, continuando la excelente labor de los Defensores/as Públicos/as de la sede de Escuintla, con apoyo de las expertas de Coordinación Nacional con Enfoque de Género¹².

ARGUMENTACIÓN DEL RECURSO: Se denuncia que el fallo fue emitido en rescate de ideas patriarcales y obsoletas, como tribunal inquisidor, quien omite el análisis de las pruebas producidas en juicio que evidenciaban miedo invencible para refrendar la forma de interpretar el principio de igualdad y se cita jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad que dice:, “en el que impone que situaciones iguales sean tratadas

¹¹ Mesas de análisis o gabinetes jurídicos, metodología utilizada en el tratamiento de casos de impacto social, integrada por experta/os en diversos temas y trabajadores de la institución.

¹² Dra. Gloria Edith Ochoa y Licda. Milagro López.

normativamente de la misma forma; pero para que el mismo rebase un significado puramente formal y sea realmente efectivo, se impone también que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme sus diferencias”¹³. Doctrina utilizada para debatir la singular y androcéntrica forma de interpretar este principio. Se resalta la forma en que el agresor mantenía atemorizada a la víctima bajo miedo constante, viviendo día a día bajo la presión de morir a manos de su conviviente. El miedo invencible como causal de inculpabilidad queda evidenciada con la declaración de la testiga presencial y directa, no obstante el Tribunal de Sentencia ignora su contenido y trascendencia, a pesar de haberle otorgado valor probatorio. Para el efecto en este apartado, se realiza la fundamentación necesaria para acreditar el vicio o agravio que habilita este recurso. Se denuncia la existencia de un vicio en la aplicación de la ley sustantiva, por una errónea aplicación del artículo 126 del Código Penal guatemalteco, por condenarla por homicidio preterintencional, sin descripción taxativamente el supuesto de hecho, sólo la consecuencia jurídica y sobre el miedo invencible, de la ley sustantiva penal, que regula como causa de inculpabilidad en el artículo 26 inciso 1º: Ejecutar el hecho impulsada por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto o inminente, según las circunstancias y el artículo 20, inciso 6º, determina que está exento de responsabilidad criminal el que obra impulsado por miedo insuperable.

DE LA SENTENCIA DE LA SALA CUARTA DE APELACIONES:

Transcurrieron 3 años y 6 meses de enjuiciamiento, y el día 13 de octubre del 2010, la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal dictó sentencia, declarando: CON LUGAR la apelación especial interpuesta por la Defensa Pública, ABSUELVE a la sindicada, pero más que la satisfacción para el Defensor Público del caso¹⁴, de la mesa de trabajo, de las coordinaciones involucradas, es la fundamentación del tribunal de segundo grado al decir en el considerando III, “que la legítima defensa como causa de justificación necesita de 3 requisitos que son: 1) la agresión ilegítima, que es lo que lo diferencia de otras causas de justificación. Entendiéndose por agresión no sólo en el sentido de

¹³Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala

¹⁴ M.s. Edgardo Enrique Enríquez Cabrera.

acometimiento sino como la acción de puesta en peligro de algún bien jurídico que debe ser dolosa, debe ser antijurídica, que este en un verdadero riesgo inminente de ser lesionado, la agresión ha de ser real y actual es decir que no haya cesado. 2) La necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, este requisito guarda concurrencia de dos extremos distintos: la necesidad de defensa que solo se da cuando es contemporánea a la agresión que persiste mientras la agresión dura, que la vía para repelerla o impedirla, la racionalidad del medio empleado que exige la proporcionalidad, tanto en la especie como en la medida, y,3) falta de provocación suficiente por parte del defensor que debe entenderse que solo cuando la agresión es la reacción normal a la provocación de que fue objeto.” En este caso, dice literalmente el tribunal de alzada: “resulta evidente la causa de justificación, porque del análisis de las actuaciones se desprende que los hechos ocurrieron de la siguiente forma: a) el 12 de abril del año en curso en horas de la noche el señor Julio Cesar Paz Robles, inició una discusión con la acusada; b) El ahora occiso en determinado momento de la discusión intentó agredir a su conviviente con un arma blanca tipo machete; c) la señora Marta Violeta Estrada en un intento de proteger su integridad física utilizó un cuchillo con el cual hirió al señor Julio Cesar Paz Robles, para evitar que el mismo le agrediera; d) La procesada posteriormente al hecho relató que durante el tiempo que fue conviviente con el señor Julio Cesar Paz Robles fue víctima de violencia intrafamiliar y que hizo que luchara por la defensa de su integridad física al momento de ser amenazada por su conviviente . Al confrontar estos hechos que resultan ciertos, claros y patentes, se desprende que existió una agresión ilegítima porque el señor Julio Cesar Paz Robles puso en peligro de manera dolosa la vida, y la integridad de Marta Violeta Estrada, es decir que con la agresión hubo una efectiva puesta en peligro de bienes defendibles que estuvieron en riesgo eminente de ser lesionados siendo una de las de mayor relevancia el valor vida. La defensa de la agresión se efectuó en el momento que los bienes jurídicos que se defendieron eran atacados, es decir la agresión no había cesado, había además necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión, como única vía posible para repelerla o impedirla (la agresión ocurrió en horas de la noche en un lugar donde no existía posibilidad de requerir ayuda inmediata para impedir la ilegítima agresión) resultando por

tanto proporcionalidad del medio empleado (el uso del arma blanca contra una agresión en la que también se usó un arma de ese tipo). Continúa el tribunal de alzada considerando que: “La inocencia o la culpabilidad se mide, sin embargo según el actuar del imputado en el momento del hecho que le es atribuido: es inocente, si no desobedeció ningún mandato o no infringió ninguna prohibición o si, comportándose de esa manera, lo hizo al amparo de una regla permisiva que eliminaba la antijuricidad de ese comportamiento, o bien concurrió alguna causa que eliminaba su culpabilidad, o en fin, se arriba al mismo resultado práctico ante la existencia de una de las causas que excluyen la punibilidad, como ocurre en el caso de estudio ante la evidente causa de justificación resultante en una legítima defensa; y siendo que el peritaje de género realizado por la perita Milagro López Aguilar, refleja que los niveles de violencia a los que estaba sujeta dentro de su hogar, se enmarca su comportamiento en el síndrome de la mujer agredida, acentuándose en consecuencia el miedo invencible como la falta de capacidad de defenderse que en definitiva produjo el miedo insuperable de perder su vida al sentirse amenazada, razón por la cual debe de acogerse el recurso de apelación especial interpuesto debiéndose dictar la sentencia que corresponde a derecho .”

DEL RECURSO DE CASACIÓN, INTERPUESTO POR EL MINISTERIO PÚBLICO BASADO EN CONTENIDO ANDROCÉNTRICO:

El Ministerio Público, presentó recurso extraordinario de Casación el 31 de marzo de 2011, invocando VICIOS DE FONDO, argumentando que el tribunal de Alzada, violó el artículo 24 inciso 1º del código penal de Guatemala, por indebida aplicación y argumenta lo siguiente:¹⁵ “...falla al exigir la existencia del objeto utilizado para la agresión y el arma usada por la acusada en su defensa, ello debido a que no es lógico buscar proporcionalidad absoluta en las armas del atacantes y del atacado, porque ello implicaría limitar la defensa a tal grado que terminaría haciéndola

¹⁵ Página 6, de la sentencia de segunda instancia de fecha 31 de fecha trece de octubre del año dos mil diez.-

ineficaz...”. a) La fuerte carga androcéntrica del escrito, contiene argumentaciones que se enfocan exclusivamente en la persona del occiso, extremo evidente en la página 8 de dicho memorial en la cual el ente acusador se cuestiona: “¿Cómo puede externar el tribunal de alzada semejante afirmación si no fue posible localizar el machete con el que supuestamente agredió la víctima a la procesada? Además; dice: ¿Cómo puede afirmar que el Tribunal A que falla al exigir la existencia del objeto utilizado para la agresión y el arma usada por la acusada para su defensa, cuando es elemental la probanza sobre la existencia real de los objetos materiales del delito, sobre todo, que se trató de un hecho cometido en el interior de la residencia de la víctima y la acusada, no existiendo por tanto el riesgo de contaminación de la escena del crimen por parte de personas ajenas al hecho?

DE LA SENTENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN, CON ENFOQUE DE GÉNERO.

El 11 de abril de 2011, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, dicta sentencia dentro del recurso identificado con el numero 568-2010 y funda su fallo en la siguiente: “DOCTRINA: El delito de homicidio preterintencional comporta la producción de un resultado más grave que el requerido y previsto por parte del sujeto activo, en tanto la legítima defensa enmarcada como una causa de justificación, es la respuesta proporcionada a una agresión injusta e ilegítima y por tanto no es una forma de negar el derecho, sino de afirmarlo. En el presente caso, existe una auténtica causa de justificación para legitimar el acto realizado cuando de los hechos probados se evidencia la agresión ilegítima que sufriera la sindicada al ser atacada con un machete y la necesidad del uso de un cuchillo para repelerla.”

En Conclusión, hemos apreciado el pensamiento de jueces y del ministerio público, con tendencia androcéntrica, misoginia, doble moral, insensibles al género, con tendencias machistas y sexistas.

Pero también, hemos apreciado como la defensa técnica se caracterizó por plantear una estrategia basada en los derechos humanos de las mujeres, con enfoque de género, basada en la normativa nacional e internacional y que logra visibilizar el continuum¹⁶, para arribar en un fallo justo, que permite que esta mujer pasara de ser victimaria para el sistema de justicia, a ser reconocida por el mismo, como lo que siempre fue: una víctima.

¹⁶ Liz Kelly (1988) llama un continuum de violencia contra las mujeres. Desde esa perspectiva, la violación, el incesto, el abuso físico y emocional, el acoso sexual, el uso de las mujeres en la pornografía, la explotación sexual, la esterilización o la maternidad forzada, etc., son todas expresiones distintas de la opresión de las mujeres y no fenómenos inconexos. En las relaciones familiares, se somete a las mujeres de cualquier edad a violencia de todo tipo, que se ve perpetuada por las actitudes tradicionales. Esta violencia compromete la salud de la mujer y entorpece su capacidad para participar en la vida familiar y en la vida pública en condiciones de igualdad.

BIBLIOGRAFÍA

1. “¿Qué significa incorporar la perspectiva de género en la investigación de las ciencias sociales?” Andrea Díez, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, Guatemala 2,005.
2. “Tratado de los Recursos” J.C. Núñez Vásquez. tomo I. Editorial universidad, Buenos Aires Argentina, 1987.
3. “Sobre la categoría de género, una introducción teórica metodológica”. De Barbieri, Teresita,” Santiago de Chile: Editorial Fin de siglo, 1995.
4. La Mirada de los Jueces, Género en la Jurisprudencia Latinoamericana, Cristina Motta y Macarena Sáez, editoras académicas. Tomo 1. Red Alas. Impresiones Panamericana Formas e Impresos S. A. Colombia. año 2008. –
5. Teoría Feminista. Filosofía y Derecho María Leonor Suárez Llanos. Editorial DYKINSON, Madrid España. 2002.
6. El hostigamiento sexual es una forma de violencia. Denúncielo. Martín, Ligia. Módulo de capacitación para el abordaje del hostigamiento sexual desde la perspectiva de género; San José, Costa Rica; Defensoría de los Habitantes de la República, Defensoría de la Mujer; 1996.
7. La maternidad como institución del patriarcado, Rosalía Camacho; San José, Costa Rica; UNA-UCR; 1996.
8. “Caminando hacia la igualdad”. Camacho Granados, Rosalía, San José, Costa Rica, ILANUD, 1997.

9. Presentación y definición de la categoría de género, Guísela López. taller de actualización de género, DIGI. 2004.
10. Las Trampas del Poder Punitivo: Rodríguez, Marcela. Birgin Haydée compiladora "Derecho, control social y discriminación de género". Argentina, Editorial Biblos. 2,003.

Incipit epistola sancti iheronimi ad paulinum presbiterum de consuetudinibus huiusmodi libris capitulis et similibus

Et ait ambrosius tua michi munuscula preciosa reculit sit et suavissima

PROCEDIMIENTO PARA DELITOS MENOS GRAVES.

LA MATERIALIZACIÓN PROCESAL DE UN DERECHO PENAL PRAGMÁTICO



PROCEDIMIENTO PARA DELITOS MENOS GRAVES. LA MATERIALIZACIÓN PROCESAL DE UN DERECHO PENAL PRAGMÁTICO

M.A. Hans Noriega

I. La evolución del derecho penal

En términos generales, se puede mencionar que el derecho penal ha evolucionado desde presupuestos iniciales conocidos como la venganza privada, por la cual el mismo afectado promovía el castigo en muchas ocasiones desproporcionado el mal recibido, y que después fuera moderada a través de algunos preceptos reguladores dentro de estos la bíblica ley del Talión¹, se impide entonces el derecho de castigo a la víctima quien es sustituida por el Estado en lo que respecta al ejercicio del poder punitivo.

Luego tenemos períodos caracterizados por la plena negación a derechos y graves afectaciones contra la vida e integridad del individuo, procedimientos inquisitivos, en los que la finalidad primordial era el castigar y que se servían por lo general de la tortura para obtener la confesión, que en este caso, era la prueba reina que justificaba el castigo de pena de muerte o en el mejor de los casos las mutilaciones, las penas crueles y deshumanizadas.

En este período oscuro de la humanidad, valga mencionar, tanto el derecho de defensa material como de carácter técnico se encontraban gravemente limitados, a tal grado que en algunos procedimientos de juicios de brujas la defensa demasiado oficiosa o aguerrida, por parte del jurista, podría ser considerada como una prueba de que este practicaba la brujería o había sido embrujado por su defendida² (de una manera muy similar a

¹ El libro del Éxodo en la biblia señala: 21:23 Más si hubiere muerte, entonces pagarás vida por vida, 21:24 ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, 21:25 quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe.

² "Mediante un simple contacto exterior en ciertas oportunidades pueden embrujar a hombres o animales con solo mirarlos". Henrich, Kramer y Jacobs Sprenger. *Malleus Maleficarum*. El martillo de las Brujas. Libro usado como referencia por los inquisidores durante la edad media.

cómo en la actualidad a ciertos defensores públicos se les ha tratado de intimidar con la amenaza tácita o expresa de procesarles por el delito de obstrucción de justicia cuando su actitud de defensa incomoda a jueces y fiscales).

Luego, como consecuencia del apareamiento de ideas que propugnaban por una humanización del derecho penal, pensadores como Beccaria no solo denunciaban los abusos en el ejercicio del poder punitivo del Estado, si no que promovían el establecimiento de reglas claras de juzgamiento, la legalidad del enjuiciamiento condicionado este a que la conducta estuviera debidamente descrita y prohibida por la ley.³

Este movimiento de humanización del derecho penal ejerció gran influencia sobre el ordenamiento jurídico, que se concretó en los postulados de un derecho de corte acusatorio, caracterizado por el contradictorio, por la publicidad, la separación de funciones en cuanto al juzgamiento y la producción de pruebas, el respeto al derecho de defensa entre otros y totalmente opuesto a los supuestos de secretividad, la falta de contradicción, la concentración de funciones de investigación y juicio en una sola persona así como la limitación a los que por lo general representaba el sistema penal de carácter inquisitivo.

Los procesos de democratización de los países, en especial en Latinoamérica, implicaron además la estructuración de sistemas de enjuiciamiento penal que propugnaban el pleno respeto a los principios de legalidad, la objetividad en la investigación, el debido proceso, en fin herramientas que garantizaban un adecuado equilibrio entre el ejercicio del poder punitivo del Estado y el pleno respeto a los derechos inherentes a la persona; esto se tradujo en que, por lo menos en un aspecto formal, se contara con instrumentos normativos que declaraban la obligatoriedad del anteponer el interés del ciudadano por encima del Estado.

³ "Son las leyes únicamente las que pueden decretar penas respecto a los delitos y el juez nunca debe ser habilitado para usurpar la potestad del legislador. Su obra debe ser un silogismo perfecto cuya proposición mayor es la ley, la menor es el hecho que está resolviendo, y la conclusión debe ser la libertad del acusado o la pena". Beccaria, Cessare. De los delitos y las penas.

Sin embargo, ataques terroristas por un lado, y por el otro, el fracaso de las políticas de seguridad, en lo que respecta a la prevención y represión del delito, que entre otras causas se ha incorrectamente atribuido al excesivo Garantismo en el ámbito penal han propugnado por un regreso a sistemas autoritarios en los que no es ya tan importante la protección a la persona si no que los resultados, en los que es válido señalar con posturas eminentemente pragmáticas que el fin justifica los medios, y que, cuando se trata de la represión del delito todo es permitido, aún el desconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, en otras palabras la existencia de dos formas de proceder en el ámbito de persecución penal una para la delincuencia común y otra para delincuentes acusados de delitos graves, para los terroristas y la delincuencia organizada.

Aparece entonces cierta conceptualización conocida en la actualidad como el Derecho Penal del Enemigo, del cual Eugenio Raúl Zaffaroni señala: “El poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de personas, los consideraba como entes peligrosos o dañinos. Seres humanos a los que se les consideraba enemigos de la sociedad, y se les niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho liberal”.⁴

Günther Jackobs a quien se le asocia especialmente con este término al respecto señala:

“El derecho penal del enemigo es una reacción excepcional a casos de extrema peligrosidad, para situaciones normales está el derecho penal del ciudadano, aquellos no son ciudadanos sino enemigos. Son una serie de normas que existen en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, las cuales buscan sancionar conductas peligrosas, incluso antes de que éstas se conviertan en delitos: ¿Cómo? En muchos países se permiten por ejemplo allanamientos o escuchas telefónicas para combatir crímenes graves como el terrorismo y/o el tráfico de drogas”.

⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl. El enemigo en el derecho penal. Página 11.

Podemos apreciar entonces, tanto en la descripción que se hace los autores citados como del análisis de nuestra propia realidad, factores que influyen abiertamente en la legislación; posiciones doctrinarias poco garantistas como el considerar que deben existir dos tipos de ordenamientos jurídicos, uno para el ciudadano común y otro para el enemigo, o el individuo que afecta gravemente a la sociedad por medio de ataques, regularmente, en el marco de la delincuencia organizada.

Por lo general esas posiciones poco garantistas van aparejadas con políticas criminales que buscan a toda costa descender los índices delincuenciales así como dar respuestas estadísticas en un ámbito cuantitativo con respecto a la incidencia criminal, en establecer nuevos procedimientos que permitan obtener de la manera más breve la mayor cantidad de sentencias de condena como una forma de mostrar eficiencia ante el desbordado avance del fenómeno criminal, y que por lo general, se manejan bajo la política de que no interesa la disminución de derechos con tal de obtener resultados “positivos” para quienes ejercen cargos de dirección de las instituciones involucradas en la persecución penal.

Muestra de estas pretensiones las encontramos marcadamente en las recientes reformas a la ley, tanto en su ámbito sustantivo, al encontramos con nuevas y múltiples figuras delictivas que incluso penalizan a la persona antes que esta materialice siquiera actos externos que constituyan delito, como en su ámbito procesal, al regular procedimientos distintos para algunos tipos de delincuencia organizada o bien formas de enjuiciamiento que disminuyen los derechos de la persona.

Ejemplo de los primeros los encontramos en los delitos de conspiración o asociación ilícita, contenidos en la ley contra la delincuencia organizada, y de los segundos en la creación de tribunales para delitos de alto impacto, la instauración de jueces unipersonales (en el entendido que es mucho más garantista que algo tan grave como la responsabilidad penal de una persona sea juzgada por tres jueces y no por uno), y algunos procedimientos específicos tal el caso del procedimiento simplificado y el que regula el juicio para delitos menos graves.

Las mismas motivaciones, de las últimas reformas procesales contenidas en la parte considerativa del Decreto 7-2011, hablan clara y expresamente de aumentar el número de sentencias⁵ olvidando que una respuesta adecuada en un derecho penal garantista no está condicionada por más fallos (de preferencia condenatorios según se infiere), si no por una adecuada solución al conflicto penal, como bien lo pudiera ser los métodos alternativos de tratamiento, tales como el criterio de oportunidad y la suspensión condicional de la persecución penal.

Ante estas realidades, como abogados y abogadas de la defensa pública, nos corresponde asumir responsablemente el estudio y comprensión de las nuevas formas de procedimiento, desde un punto de vista objetivo que permita distinguir sus motivaciones para poder encarar los mismos con la más alta calidad técnico- legal, esto redundará en la prestación de un servicio eficiente y eficaz como debe ser.

EL PROCEDIMIENTO PARA DELITOS MENOS GRAVES.

Realizadas las respectivas reflexiones, sobre las verdaderas motivaciones intrínsecas de la implementación de esta nueva figura procesal, nos corresponde el análisis técnico del procedimiento con el objeto de exigir su debido cumplimiento y evitar en su diligenciamiento la vulneración a los derechos de la persona a la que estamos llamados a defender. Así las cosas se señalarán que el procedimiento para delitos menos graves se encuentra regulado en el Código Procesal Penal en su artículo 465 ter: Para el efecto del estudio de esta modalidad procesal se propone la cita íntegra de sus disposiciones procesales y a continuación un breve análisis de lo regulado, ejercicio a realizar a continuación:

⁵“CONSIDERANDO: Que la asignación de competencia a los jueces de paz, con un procedimiento simplificado, y la instauración de jueces de sentencia para conocer casos que no sean calificados de mayor gravedad generará de inmediato condiciones para responder a la demanda de justicia y con ello la posibilidad de aumentar el número de sentencias” Considerando tercero del decreto 7-2011 Reformas al Código Procesal Penal.

“Artículo 465 Ter.- (Adicionado por el Artículo 13 del Decreto 7-2011 del Congreso de la República.) Procedimiento para delitos menos graves. El procedimiento para delitos menos graves constituye un procedimiento especial que se aplica para el juzgamiento de delitos sancionados en el Código Penal con pena máxima de cinco años de prisión. Para este procedimiento son competentes los jueces de paz, y se rige, aparte de las normas procesales generales, por las especiales siguientes“:

Comentario: La redacción de este párrafo empieza con lo que se considera un error, al señalar que se aplica para los delitos cuya pena no exceda de 5 años contenidos en el Código Penal, excluyendo aparentemente su aplicación a delitos contenidos en leyes penales especiales. De acuerdo a una estricta taxatividad y legalidad procesal solamente se podrían diligenciar por este procedimiento los delitos contenidos en el ya referido Código Penal dejando afuera otro tipo de ilícitos regulados en las leyes penales especiales.

1. Inicio del proceso: El proceso da inicio con la presentación de la acusación fiscal o querrela de la víctima o agraviado;

Comentarios: Aparece en la redacción de este párrafo otro motivo de discusión, el referente a cuál debería ser el diligenciamiento en el caso de flagrancias, orden de aprehensión o citación para primera declaración. Al respecto se puede apreciar lo establecido en el mismo primer párrafo del artículo citado señala que se regirá “aparte de las normas procesales generales” con lo que se aclara que lo no regulado en dicho procedimiento será diligenciado conforme lo rige toda la normativa del Código Procesal Penal.

Surge esta reflexión por cuanto, según se ha podido apreciar en la práctica, no existe uniformidad de criterio y algunos jueces de paz obvian la primera declaración e incluso dictar auto de procesamiento; esto por lo general ocurre en los casos de citación, de denuncia ante el Ministerio Público o querrela, siendo menos frecuente en casos de flagrancia u orden

de aprehensión. Al respecto, como criterio de interpretación, debería tomarse en cuenta además, que las normas procesales así como de rango constitucional indican que el detenido (o el citado para declarar en este caso), deberá ser oído dentro de 24 horas y esta por ser una norma de carácter ordinaria no podría contravenir el texto constitucional, en realidad no la contradice, si no que ha sido la interpretación asumida por algunos jueces lo que ha generado problemática en la práctica.

Mención aparte merece la omisión de dictar el auto de procesamiento, y es que, por el hecho que en el artículo 465ter no lo menciona, no quiere decir que se releva de la obligación de emitir dicha resolución; La duda se despeja al integrar lo que preceptúa en el artículo 320 primer párrafo del Código Procesal Penal que en su parte conducente establece: “Inmediatamente de dictado el auto de prisión o una medida sustitutiva, el juez que controla la investigación, emitirá auto de procesamiento contra la persona a que se refiere”⁶. Por tanto la interpretación contraria vulnera el principio de imperatividad contenido en el artículo 3 del CPP y el debido proceso, artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Esta tesis es complementada no solo por la obligatoriedad de salvar las lagunas de la disposición con las normas generales si no que a la vez con lo que al efecto señala el artículo 3, del Acuerdo número 26-2011 de la Corte Suprema de Justicia, (que refiriéndose al procedimiento para delitos menos graves) establece: “El juzgado de paz penal de turno del municipio de Guatemala, en los casos de flagrancia, conocerá de la primera declaración y dictará las medidas de coerción y salidas alternas que se planteen cuando proceda en ese acto procesal. En caso dicte auto de procesamiento, remitirá inmediatamente las actuaciones a los juzgados de paz que se establecen en el artículo siguiente...”.

⁶ Este análisis es sin perjuicio de lo preceptuado por el artículo 82, numerales 4 y 5 del código procesal penal, que prescribe que primero el juzgador ligara a proceso (auto de procesamiento) al o los imputados, y luego se pronunciara por la medida de coerción, de todos modos debe existir auto de procesamiento.

Valga recalcar que la Corte señala expresamente esa obligatoriedad al enunciar “En caso dicte auto de procesamiento”, distinguiendo de la posibilidad de que no exista mérito para decretar medida de coerción y por consiguiente no exista necesidad de dictar el respectivo auto de procesamiento.

Por último, deberá tomarse en cuenta que, conforme al artículo 14 del Código Procesal Penal, ante las dudas con respecto a la interpretación de las normas procesales lo más lógico es inclinarse por aquella que tienda a tutelar de la mejor manera a la persona; el auto de procesamiento refleja derechos para el imputado, la posibilidad de acceso ilimitado a las actuaciones, a los recursos, etc., esto según el artículo 322, por consiguiente, la omisión implica demasiada subjetividad sobre los hechos que van a ser objeto de juicio, limita además la posibilidad de su modificación, omitir la primera declaración y una decisión sobre el auto de procesamiento equivale a trasladar esos elementos de decisión sobre una etapa intermedia de juicio.

“2. Audiencia de conocimiento de cargos: Esta audiencia deberá realizarse dentro de los diez días de presentada la acusación o querrela, convocando al ofendido, acusador, imputado y su abogado defensor, desarrollándose de la siguiente manera:”

Comentarios: Se insiste, en la práctica se ha logrado vislumbrar algunas formas de diligenciar este procedimiento citando para la audiencia de conocimiento de cargos (audiencia de acusación sería en el procedimiento común), sin que la persona haya sido oída en una primera declaración, se dictase en su contra auto de procesamiento o bien haya existido un plazo de investigación. Al respecto debe tomarse en cuenta que, tal y como se señalara anteriormente, la inexistencia de un auto de procesamiento, de una primera declaración o bien de un plazo de investigación haría de este un acto procesal viciado.

El citar a una persona para la audiencia de conocimiento de cargos sin que, tanto en los ámbitos de su defensa material como la de carácter

técnico, se hubiese tenido el tiempo suficiente para conocer la imputación y los medios de investigación que la sustentan vulneraría los derechos fundamentales de esta, concretamente el derecho de defensa, el debido proceso y la legalidad propiamente dicha (artículo 12 constitucional) en el sentido de que se está diligenciando este tipo de procedimiento por un medio no permitido por la ley.

Para el efecto de argumentar este tipo de vulneraciones debe tomarse en cuenta que, constitucionalmente hablando, los funcionarios públicos solamente pueden hacer lo que la ley lo permite, principio de legalidad de la función estatal que en este caso aplicado a los jueces se encuentra regulado en el artículo 154 constitucional ⁷. Lo anterior complementado con la disposición procesal contenida en el artículo 14 que en su parte conducente señala: “Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus facultades será interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades.

En concreto, ante el caso de una citación para conocimiento de cargos, como acto inicial de persecución penal, debería el defensor o defensora señalar ante el juez un acto procesal nulo y plantear la respectiva reposición o actividad procesal defectuosa, según sea el caso de encontrarse ante una resolución o bien ante el diligenciamiento del acto, señalando entre otros defectos lo ya señalado así como que se está vulnerando el derecho de defensa, por cuanto no ha existido la oportunidad adecuada, no solo de imponerse de los medios de investigación practicados sino que tampoco de proponer diligencias a las que hace referencia el artículo 315 del Código Procesal Penal.

En ese orden de ideas, se considera que el diligenciamiento de este tipo de procedimiento cuando se trate de la primera declaración derivada de citación, flagrancia u orden de aprehensión sería:

⁷“Artículo 154.- Función pública; sujeción a la ley. Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella.”.

- a) Declaración del imputado,
- b) decisión del juez sobre ligar o no a proceso, (dictar auto de procesamiento)
- c) plazo de investigación y fecha de presentación del acto conclusivo,
- d) Continuación con el trámite específico del procedimiento para delitos menos graves.

2. Audiencia de conocimiento de cargos: Esta audiencia debe realizarse dentro de los diez (10) días de presentada la acusación o querrela, convocando al ofendido, acusador, imputado y su abogado defensor, desarrollándose de la siguiente manera:

a. En la audiencia, el juez de paz concederá la palabra, en su orden, al fiscal o, según el caso, a la víctima o agraviado, para que argumenten y fundamenten su requerimiento; luego al acusado y a su defensor para que ejerzan el control sobre el requerimiento;

Comentarios: En el entendido que se acompañaron las actuaciones y los medios de investigación a que hace referencia el artículo 332 del Código Procesal Penal al escrito de acusación (conocimiento de cargos regula la reforma), las actitudes del defensor(a) en esta audiencia deberían ser de acuerdo a las circunstancias particulares las mismas que regula el artículo 336 de la ley de rito, en el entendido que deberían señalarse los vicios del escrito de conocimiento de cargos (ojo los mismos requisitos del artículo 332 bis), el planteamiento de excepciones u obstáculos a la persecución penal y civil o bien formular objeciones u obstáculos contra el requerimiento del Ministerio Público.

Deberá tomarse en cuenta también cierta práctica, que ha sido señalada por defensores y defensoras, en el sentido de que se cita para audiencia de conocimiento de cargos, igual obviando una primera declaración con la variante de que se discutirá lo referente a la aplicación de un criterio de oportunidad, suspensión condicional de la persecución penal o bien el

sobreseimiento o la clausura; aplican a esta forma anómala de procedimiento las reflexiones anteriores en el sentido de que no puede tomarse ninguna decisión si de alguna manera la persona no ha sido ligada a proceso.

b. Oídos los intervinientes, el juez de paz puede decidir: I. Abrir a juicio penal el caso, estableciendo los hechos concretos de la imputación; II. Desestimar la causa por no poder proceder, no constituir delito o no tener la probabilidad de participación del imputado en el mismo; c. Si abre a juicio, concederá nuevamente la palabra a los intervinientes, a excepción de la defensa, para que en su orden ofrezcan la prueba lícita, legal, pertinente e idónea a ser reproducida en debate, asegurando el contradictorio para proveer el control de la imputación probatoria. Seguidamente, el juez de paz decidirá sobre la admisión o rechazo de la prueba ofrecida, señalando la fecha y hora del debate oral y público, el que debe realizarse dentro de los veinte días siguientes a la audiencia en que se admite la prueba; d. Las pruebas de la defensa, cuando así se pida en la audiencia, serán comunicadas al juzgado por lo menos cinco días antes del juicio, donde serán puestas a disposición del fiscal o querellante; e. A solicitud de uno de los sujetos procesales, se podrá ordenar al juez de paz más cercano, que practique una diligencia de prueba anticipada para ser valorada en el debate.

Comentarios: Respecto del párrafo transcrito surgen algunas cuestiones a analizar; en primer lugar parece desafortunado el texto que señala que la decisión del juez en caso de denegar la apertura a juicio implique “desestimar la causa”, como sabemos la desestimación implica la posibilidad de una reapertura del caso en tanto que un sobreseimiento tiene los efectos de una sentencia absolutoria. De esa cuenta lo adecuado sería que el defensor requiriera con fundamento al artículo 328 del Código Procesal Penal el Sobreseimiento del proceso.

Referente al ofrecimiento de la prueba la norma señala dos momentos: el primero de ellos referente a la oportunidad a los intervinientes para que ofrezcan prueba (exceptuando a la defensa), con lo que se enuncia la

posibilidad para el defensor o defensora de poder fiscalizar la que ofrecen las contrapartes; si bien es cierto esto no se señala expresamente deberá hacerse tal requerimiento en atención a normas generales como lo regula el artículo 343 del Código Procesal Penal.

En lo que respecta al segundo momento, se refiere a la posibilidad de la defensa de ofrecer prueba hasta cinco días antes del debate, con lo que se supone una oportunidad primero de conocer a profundidad los medios propuestos por la parte acusadora y por el otro de preparar el material probatorio a diligenciarse en la audiencia de debate.

Respecto de la prueba ofrecida deberá cumplirse con los requisitos de licitud, legalidad, idoneidad y pertinencia propias del procedimiento común por lo que la función de la defensa deberá recaer en la fiscalización de estos presupuestos, y en lo que se refiere a su ofrecimiento atender además los aspectos formales inherentes.

De igual manera se ha logrado apreciar en la práctica ciertas quejas como “con respecto que el plazo que se fija entre la audiencia de conocimiento de cargos y el debate el plazo que queda a la defensa para proponer medios de investigación u ofrecer pruebas es muy corto”.

Debe tomarse en cuenta que el artículo objeto de análisis expresamente señala: “el juez de paz decidirá sobre la admisión o rechazo de la prueba ofrecida, señalando la fecha y hora del debate oral y público, el que debe realizarse dentro de los veinte días siguientes a la audiencia en que se admite la prueba”. En el entendido que el juez admitió los medios de prueba del Ministerio Público y el querellante, en la misma audiencia de conocimiento de cargos debe dictar resolución, por la cual señala audiencia de debate dentro de los siguientes veinte días hábiles de acuerdo al contenido de la norma citada.

Entendemos que el problema surge cuando el juez, razonando que este es un plazo máximo, señala por ejemplo audiencia de debate dentro de los 6, 10 o 15 días hábiles siguientes con lo que de alguna manera limita el derecho de la defensa de proponer medios de prueba.

Al respecto se recomienda al defensor o defensora realizar la gestión en la misma audiencia de conocimiento de cargos, señalando al juez de paz que haga uso del máximo tiempo estipulado en la ley, de tal manera que pueda prepararse objetivamente el contradictorio que supone la presentación de los medios de prueba para oponerse a los de la contraparte, fundamentar su propia teoría del caso o ambas.

Otro elemento de argumentación lo sería que el ente encargado de la persecución penal ha tenido todo el tiempo del mundo en la preparación de su imputación y búsqueda de los medios de investigación, en el entendido que cuando no existe persona ligada a proceso la investigación no se encuentra limitada por plazos, en tanto que a la defensa solamente le ha correspondido una fracción del mismo como lo fue al enterarse del hecho concreto y justiciable que se hizo ver en la declaración de cargos.⁸

En todo caso la fijación de un plazo no razonable debería ser protestado por la defensa en el entendido de que vulnera el derecho de defensa, el principio de igualdad procesal así como la normativa que ha sido citada específicamente las contenidas en el artículo 14 que se refieren a que las disposiciones que limitan el ejercicio de los derechos del imputado serán interpretadas restrictivamente. También debería de valorarse argumentar dicha vulneración como un motivo de invalidez de la sentencia al momento de impugnarla señalando que así lo fundamenta el artículo 283 del Código Procesal Penal.⁹

Audiencia de debate: Los sujetos procesales deben comparecer con sus respectivos medios de prueba al debate oral y público, mismo que se rige por las disposiciones siguientes: a. identificación de la

⁸ De ahí la importancia del auto de procesamiento por constituirse éste en la plataforma fáctica sobre la que se debe desarrollar la litis esto de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 321 que señala dentro de los requisitos del mismo “una sucinta enunciación del hecho o hechos sobre los que recibió la indagatoria”

⁹ Artículo 283. No será necesaria la protesta previa y podrán ser advertidos aún de oficio, los defectos concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas que la ley establece o los que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos por la Constitución y pos los tratados ratificados por el Estado.

causa y advertencias preliminares por parte del juez de paz; Alegatos de apertura de cada uno de los intervinientes al debate; c. Reproducción de prueba mediante el examen directo y contra-examen de testigos y peritos, incorporando a través de ellos la prueba documental y material; d. Alegatos finales de cada uno de los intervinientes al debate; e. Pronunciamiento relatado de la sentencia, inmediatamente de vertidos los alegatos finales, en forma oral en la propia audiencia; En todos estos casos, cuando se trate de conflictos entre particulares, el Ministerio Público puede convertir la acción penal pública en privada.

Comentario: En lo relativo a la audiencia de debate el procedimiento para delitos menos graves no difiere mucho del procedimiento común, debiendo regirse en lo no dispuesto en la norma citada por las disposiciones generales del Código tal el caso del alegato de apertura, derecho a réplica, la utilización de la protesta o el recurso de reposición entre otros. En todo caso la defensa deberá tomar en cuenta la discrecionalidad que puede caer en la persona del Juez quien, con poca experiencia en el diligenciamiento de un debate, podría caer en algunas imprecisiones.

Otro aspecto que se advierte y cómo vulneraría derechos de la persona se refiere a la regulación, muy propia de un sistema inquisitivo, en el que las facultades de decidir sobre el mérito de una investigación para ser discutida la responsabilidad de una persona en un juicio y el diligenciamiento mismo de este debate recaen en una sola persona, o sea el juez, en efecto, es el mismo juez de paz quien abre a juicio y dentro de los veinte días siguientes decide sobre la responsabilidad de esa misma persona.

Este aspecto bien podría ser discutido en la enunciación de los motivos de procedibilidad del recurso de apelación, específicamente como un resabio de un sistema inquisitivo o bien porque está basado en la utilización de normativa que podría contradecir el texto constitucional; en este caso lo referente al derecho de igualdad que se ve vulnerado por un procedimiento que es menos garantista para una persona acusada de un delito menor como lo son aquellos que tienen pena asignada como máxima cinco años de prisión. Podría pensarse incluso discutirse la posibilidad de

plantear una inconstitucionalidad en caso concreto por la utilización de una norma que como ya se ha mencionado discrimina a las personas acusadas de ciertos delitos.¹⁰

LA IMPUGNACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO PARA DELITOS MENOS GRAVES:

Uno de los defectos que fuera detectado, con relación a las reformas procesales contenidas en el Decreto 7-2011, se refería a la no regulación del legislador con respecto a la posibilidad de impugnar la sentencia dictada por un juez de paz en el procedimiento para delitos menos graves; de hecho, de la forma en que se integró la norma este tipo de procedimiento no señaló esa posibilidad de apelación.

Hay que tomar en cuenta además que, cuando se reforma una ley y se agregan artículos a través de la fórmula de agregar numerales bis o ter, puede perderse el contexto de las normas que no han sido reformadas; de hecho, el artículo 466 del Código Procesal Penal señala que contra la sentencia será admisible el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público o por el acusado, su defensor y el querellante por adhesión, al respecto valga recordar que esas disposiciones se refieren específicamente al procedimiento abreviado y no necesariamente al juicio competencia del juez de paz.

No obstante, la Corte Suprema de Justicia trata de enmendar este error u omisión legislativa, que deja sin posibilidad de recurso la sentencia del juez de paz, y en el artículo 9 del acuerdo número 26-2011 designa a un tribunal de alzada concretamente a la Sala Primera de la Corte de Apelaciones para conocer de la apelación a este tipo de sentencias, advirtiendo esa imprevisión legal se regula en la norma citada:

¹⁰ Puede tomarse como ejemplo que en el procedimiento común y en los casos de impacto primero es discutida la posibilidad de abrir a juicio por un determinado juez y al encontrar causa probable remite el caso a otro distinto o un tribunal de sentencia, situación que no concurre en el procedimiento para delitos menos graves y que vulnera como ya se ha hecho referencia esta igualdad.

“Se designa a la Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Guatemala, como la competente para conocer de las apelaciones que se presenten contra las resoluciones dictadas por los jueces de paz que pongan fin al proceso o en los que se decreta prisión preventiva. 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”.

Sin embargo no existe claridad con respecto a qué tipo de apelación (genérica o especial), deberá plantearse contra este tipo de sentencias. Al efecto valga la observación que la normativa citada, por la Corte Suprema de Justicia, referente a instrumentos internacionales en materia de derechos humanos concretamente la Convención Americana Sobre Derechos Humanos¹¹ dispone esa sencillez del recurso, con lo que debería interpretarse lo referente a la apelación genérica con mucho menos aspectos formales a desarrollar al plantearlo que la apelación especial.

En fin la práctica es la que dilucidará esta laguna legal, en todo caso, según información recabada la Sala Primera de la Corte de Apelaciones diligenciará el recurso como una apelación genérica, por lo que deberá tomarse este aspecto para el cumplimiento de los requisitos de forma y de plazo que en este caso se referiría a tres días.

¹¹ . “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”. Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;”. Artículo 2, numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La defensa debe tener siempre presente además el contenido del artículo 399 de la ley procesal que regula “si existiesen defecto u 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”. La norma citada prohíbe expresamente el rechazo de recursos por defectos u omisiones como la que en este caso se señala con lo que se impone la obligatoriedad de una resolución del tribunal de alzada para que se corrijan estos cuando más como en una situación como la anteriormente descrita que es producto de la imprevisión legislativa.

A continuación se procede al análisis del referido delito, en sus diferentes aristas: normativa, doctrina dosificada y praxis, con el fin de brindar una visión integral, desde la teoría del caso¹. No se generaliza este estudio a los diferentes escenarios o modalidades de la extorsión, sino que me limitaré al supuesto de exigir dinero, por parte del extorsionista a la víctima, lo cual implica que existió denuncia previa y en algunos casos la investigación del MP, ex –ante, ha sido eficaz, incluso con apoyo de escuchas telefónicas y otros medios de investigación que develan la existencia de la banda de extorsionistas, sin embargo, en otros casos no existe esa investigación previa, aquí radica la problemática.

2. TIPOLOGÍA Y ESCENARIOS DE LA EXTORSIÓN

El artículo 261, código penal, contempla el delito de extorsión, que se transcribe a continuación para su análisis:

“Quien, para procurar un lucro injusto, para defraudarlo o exigirle cantidad de dinero alguna con violencia o bajo amenaza directa o encubierta, o por tercera persona y mediante cualquier medio de comunicación, obligue a otro a entregar dinero o bienes; igualmente cuando con violencia lo obligare a firmar , suscribir, otorgar, destruir o entregar algún documento, a contraer una obligación o a condonarla o a renunciar a algún derecho, será sancionado con prisión de 6 a 12 años incommutables”.

En el referido tipo penal, se visualizan 2 escenarios, que naturalmente contemplan verbos rectores diferentes:

- a. El hecho de provocar un lucro injusto, ya sea para defraudarlo o exigirle cantidad de dinero valiéndose de violencia o con amenaza directa o encubierta, o utilizando a tercera persona

¹ La teoría del caso permite sistematizar toda la información del caso concreto, facilitando la construcción de alternativas de las estrategias de defensa, de las cuales se ha de seleccionar la más idónea y eficaz, desde el ámbito legal, doctrinal y práctico como jurisprudencial.

y mediante cualquier medio de comunicación, obliga a otro a entregar dinero o bienes. El supuesto jurídico de exigir dinero, al agraviado, es el recurrente y en el cual gravita la mayoría de casos conocidos por el o la Defensora.

- b. El otro escenario implica supuestos jurídicos peculiares, pues está dirigido a obligar al sujeto pasivo a firmar, suscribir, destruir o entregar algún documento, contraer obligaciones, condonarla o renunciar algún derecho. En estos casos se penaliza el hecho de ejercer violencia a la víctima, que es un vicio del consentimiento, prácticamente es anular el principio de autonomía de la voluntad. Estos casos no son tan frecuentes en la mesa de trabajo del o la defensora.

3. ELEMENTOS DEL DELITO DE EXTORSIÓN:

3.1 EL ANIMUS LUCRANDI

El lucro ilícito que se provoca en este tipo de delito, debiera afectar el patrimonio de la víctima, pues con violencia es obligado a entregar cierta cantidad de dinero. Este es el dolo directo del extorsionador: afectar la hacienda del agraviado.

La violencia puede ser psicológica o moral (conocida como Vis compulsiva). El artículo 56 de la Ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas, reformó el numeral 4º, del artículo I, de las disposiciones generales del Código Penal, refiere que la violencia psicológica es un daño emocional, disminución de autoestima, se incluye la hipnosis, narcosis, privación de razón o de sentido. Por su parte la violencia física (conocida como vis absoluta) es la manifestación de fuerza sobre personas o cosas, que podría combinarse con la vis compulsiva al extorsionar.

3.2. EL MEDIO PARA EXTORSIONAR

El medio para lograr la extorsión, es la utilización de cualquier medio de comunicación. Aquí ingresan las llamadas telefónicas, notas anónimas,

mensajes de texto, correo electrónico o redes sociales. No se descarta la utilización de radio, medios escritos o televisión, pues el concepto “cualquier medio” es una tipicidad abierta.

La praxis, del o la Defensora, es que el extorsionador, en algunos casos, utiliza un celular para llamar a la víctima. Ese aparato le es encontrado al sujeto activo y entregado al fiscal.

Si la policía, de oficio llamó del celular incautado al teléfono de la víctima, para verificar el número telefónico, existe contaminación de la evidencia pues las impresiones digitales del policía aparecerán. Se incumplió, con ello con el 3er párrafo del artículo 314 Código Procesal penal, que preceptúa que “El Ministerio Público podrá dictar las medidas razonablemente necesarias para proteger y aislar los indicios en los lugares en que se esté investigando un delito, a fin de evitar la contaminación o destrucción de rastros, evidencias y otros elementos materiales”.

Sucede que en algunos casos se presenta un álbum fotográfico en el cual se aprecia el celular desarmado y aparece el SIM o CHIP. Surge la duda no solo de la cadena de custodia y del embalaje sino de qué perito desarmó el celular, con qué finalidad se hizo y qué calidad tiene él. Se deberá averiguar quién ordenó esa actividad. Reitero se debe cuestionar la cadena de custodia y el embalaje. No es lo mismo ver las fotografías del celular que tener a la vista el mismo, pero el fiscal justificará esas fotografías con fundamento en el Acuerdo Marco Interinstitucional, para la implementación del Código procesal penal, numeral romanos I, literal n, que estableció que:

“Las actuaciones sólo incluyen los documentos que constituyen la carpeta de investigación y no evidencias, las cuales podrán ser fiscalizadas por el defensor en el lugar que se encuentren, solicitándole al juez contralor autorización para dicho extremo”.

No se excluye que el Defensor/a pida al juzgador reconocimiento judicial de la evidencia, en el lugar de resguardo, de conformidad con el artículo

244 CPP, para detectar falencias en el embalaje, cadena de custodia, y así poder comparar la evidencia con las fotografías.

Resulta interesante que en ciertas primeras declaraciones, incluso en debate público, el Fiscal se apoya de escuchas telefónicas para imputar a los indicados el referido delito. Esa es una prueba científica que debe ser corroborada por el perito idóneo que es el “perito fonético” que debe cotejar la voz del audio con la voz del sindicado, cosa que no ocurre en todos los casos, pues ningún perito realiza ese peritaje, no obstante que Inacif, ya implementó este método de análisis. El Defensor/a, debe evaluar si permite que al procesado se le tomen muestras fonéticas de voz, en un estudio acústico forense para compararlas y poder afirmar con certeza jurídica que la voz del audio pertenece al imputado. Sin ese peritaje se estaría incumpliendo lo preceptuado en el artículo 8, numeral 2, literal f) de la Convención Americana de Derechos Humanos, que preceptúa que el imputado tiene derecho a la comparecencia de perito “...que pueda arrojar luz sobre los hechos;”.

Si se presentará un peritaje de esta naturaleza, será imperativo investigar sobre la metodología utilizada en la comparación de las voces: la dubitada (la voz del audio) e indubitada (la voz del imputado) en sus ámbitos alófono², grupos fonéticos y frases completas, por ejemplo.

Analicemos el valor probatorio que de conformidad con la sana crítica razonada (artículo 385 CPP) el juez sentenciador brinda a la escucha telefónica sin peritaje alguno. Los componentes de esa sana crítica razonada son la psicología, la lógica y las máximas de experiencia. El juzgador escucha y compara la voz del audio con la del acusado y concluye, con fundamento a sus máximas de experiencia, que son idénticas las voces. Lo criticable es que la escucha telefónica es prueba científica y debe validarse con prueba científica (el perito fonético) y no depender del sentido del oído del juez, inclusive podría tener problemas auditivos. Lo cuestionable

² El término alófono, significa el fono o sonido de un idioma que particulariza a la persona en pronunciación de las palabras, atendiendo a la región de procedencia. El hablado mexicano es distante del argentino, por ejemplo.



**“ELEMENTOS
SUSTANCIALES EN
EL DEBATE ORAL”**

“ELEMENTOS SUSTANCIALES EN EL DEBATE ORAL”

M.A. José Alfredo Aguilar Orellana

Sumario:

1. “TEORÍA DEL CASO, TEORÍA DEL DELITO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA”
2. “ALEGATOS DE APERTURA”
3. “INTERROGATORIOS”
4. “LAS OBJECIONES”
5. “ALEGATOS FINALES”
6. “LA REPLICA”

1. “TEORÍA DEL CASO, TEORÍA DEL DELITO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA”

Estoy seguro que todos elaboramos nuestra teoría del caso, y, podríamos decir que –generalmente- se hace conforme al conocimiento cotidiano en contraposición a lo que pudiéremos llamar científica, sistematizada; hacemos reflexiones, analizamos una y otra vez las declaraciones de testigos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, todo ello orientado a diseñar la forma como se abordará la defensa de nuestros patrocinados, pero pudiera ser que en el mejor de los casos nos hace falta una herramienta básica que es la sistematización de la información mediante una metodología adecuada. Hacemos esfuerzos y muchas veces nos confiamos a la memoria, y que bueno, sin embargo, hay cosas mínimas que pueden resultar relevantes al momento de ejercer la defensa de nuestro patrocinado que en las audiencias podemos omitir.

Una buena teoría será pues, la que logre explicar de la forma más consistente posible, la mayor cantidad de hechos, incluidos aquellos que

establezca la contraparte y que puedan beneficiar las pretensiones de nuestros asistidos, por lo tanto debemos conocer los hechos de la causa y las teorías que vamos a invocar.

La dialéctica del contradictorio en el debate, permitirá, confirmar nuestra tesis, y por ello también debemos considerar las tesis opuestas y verificar su debilidad o solidez.

En esa actividad dialéctica reviste mucha importancia el ejercicio del derecho de defensa sea en casos con menor o mayor complejidad, pues no creo conveniente denominarlos de impacto, de mayor riesgo, o de delitos graves, aun cuando esta última denominación aparece en la Convención de Palermo.

El conflicto jurídico resultado de la vulneración de un bien jurídico tutelado, trae consigo consecuencias y la más relevante es la existencia de ese hecho, la atribución del mismo a una persona, y ambas integran lo que podríamos denominar objeto del juicio.

Para determinar ese objeto del juicio, debemos recorrer un camino, ateniéndonos a ciertas reglas del juego, con observancia de la normativa constitucional y convencional, y en el que las partes formulan varias hipótesis, sustentadas en elementos objetivos, es decir que pueden ser apreciados en nuestra realidad, cualquier situación subjetiva corre el riesgo de convertirse en especulación y si el juez la hace propia puede producir una arbitrariedad.

Estas hipótesis van cobrando vida en forma de tesis, pero para ello debemos tener una metodología de análisis que nos permita darnos respuestas tentativas, lo cual puede lograrse a través de una efectiva teoría del caso.

Esa teoría podríamos definirla entonces, como la Metodología de análisis de la plataforma fáctica, probatoria y jurídica de un caso concreto.

Dicha metodología no es propia de determinada etapa sino que se constituye como un eje en todo el proceso, por eso se dice que es un “Ejercicio intelectual y de abstracción que busca con esfuerzo y máximo provecho la concatenación entre la fundamentación fáctica, probatoria y jurídica en la búsqueda constante de esa reconstrucción histórica adscrita a un proceso penal”.

¿Qué elementos deben concurrir en la Teoría del Caso?

- Lo fáctico o los hechos materiales de la investigación y el juicio penal.
- Lo jurídico, que necesariamente debe encuadrar en el desarrollo de los hechos.
- Los probatorios o los elementos materiales de juicio con que el abogado de la parte pretende verificar y demostrar su hipótesis para convencer de su teoría al juez.

A esto se le ha denominado Plataforma Fáctica, Plataforma Jurídica y Plataforma Probatoria.

En nuestra plataforma fáctica debemos abordar si procediere, hipótesis descriptivas que nos permita situar un lugar, fecha, horas, detención, etc.; también abordar hipótesis explicativas que nos permitan determinar por ejemplo los móviles del delito como celos, venganza, ánimo de lucro, o bien porque el acusado pudo haber respondido a una agresión ilegítima, etc. A ello se unirá la teoría jurídica, que es el conjunto de implicaciones y explicaciones jurídicas, que se desprenden de la teoría fáctica, por ejemplo al explicar porque un sujeto se defendió de una agresión ilegítima, si hubo racionalidad, la provocación de un daño, esto precisamente lo explicará la Teoría del Delito a través de lo que conocemos como la Legítima Defensa, en el ejemplo citado.

¿Qué ventajas nos ofrece la Teoría del caso? Entre otras, nos permitirá:

- Planificar Declaraciones
- Nos permitirá definir si es conveniente que nuestro defendido declare o se abstenga de declarar.

- Si es beneficioso presentar un testigo de descargo.
- Definir un Plan de Interrogatorio
- Desarrollar nuestro árbol de preguntas, si resulta beneficioso un interrogatorio directo, o bien definir un Plan de Contra interrogatorio etc.
- Aún cuando otros países lo han incorporado¹, nuestro sistema no lo admite abiertamente, puede planificarse el interrogatorio cruzado que nos permitirá enfatizar aspectos contradictorios de una declaración. Esto debe ser planificado, sí no correremos el riesgo de fortalecer el dicho de los testigos de la contraparte.
- Estructurar el interrogatorio para el testigo evasivo y el argumentativo
- Finalmente nos permite “Estructurar la Argumentación”.

Al abordar nuestra Teoría del Caso necesariamente tendremos que aplicar un análisis jurídico, es ahí donde necesariamente tenemos que abordar la teoría del delito. No es momento oportuno para detallar sobre dicha teoría, al contrario debemos advertir como las instituciones sustantivas de esta teoría, encuentra acogida o no, sin embargo, debemos considerar que la teoría del delito es la “metodología de análisis de la conducta humana... o... Parte de la Ciencia del Derecho Penal que se ocupa de explicar que es el delito en General y cuáles son las características que ha de tener cualquier delito”².

Ella nos dará los insumos necesarios para analizar desde esa perspectiva el caso, por ejemplo, analizar si la conducta atribuida a la sindicada es relevante para el derecho penal, si la conducta que se le atribuye a nuestra patrocinada es típica antijurídica y culpable, si no corresponde la subsunción del hecho al tipo penal, o que la tipificación que se le debe dar a los hechos que han quedado probados; bien, la concurrencia de circunstancias eximentes, o en su caso, se explicarán porqué concurren diversas circunstancias atenuantes y porque no concurren las agravantes.

Un enlace de la teoría del caso, teoría del delito y la argumentación jurídica, puede observarse en el siguiente caso:

¹ Art. 391 Código de procedimiento Penal colombiano.

² Girón Palles, Gustavo. Modulo Teoría del Delito 2013.

“El Ministerio Público presentó acusación en contra de 5 procesados por los delitos de CONSPIRACIÓN, ASOCIACIÓN ILÍCITA y OBSTRUCCIÓN EXTORSIVA DE TRANSITO, conforme los artículos 3, 4, Y 11 de la Ley contra la Delincuencia Organizada.

En nuestra tesis expresada en la argumentación jurídica debemos considerar: Que conforme el artículo 2 de la ley relacionada, son requisitos esenciales para que estos ilícitos nazcan a la vida jurídica:

- a) Demostrar la existencia, de un grupo estructurado, de tres o más personas, y en el presente caso, no se ha probado que los procesados sean parte de una estructura criminal, pues si bien, entre ellos es probable que existan relaciones laborales, de amistad, o de parentesco, tal situación no es suficiente para creer, que formen parte de ese tipo de estructuras,
- b) Demostrar que los procesados, en conjunto hayan operado para cometer hechos ilícitos durante cierto tiempo, lo cual no se probó;
- c) Demostrar que se hayan concertado o puesto de acuerdo para cometer cualquiera de los ilícitos contenidos en dicha ley, de lo cual no hay prueba objetiva que lo demuestre. Analizados los requisitos anteriores podemos advertir que conforme a los hechos probados, la calificación de los delitos de conspiración y asociación ilícita, no encuadran dentro de las conductas desarrolladas por los procesados, incluso, el delito de obstrucción extorsiva de tránsito, en el cual su elemento inicial, es que los responsables formen parte de un grupo delictivo organizado de una organización criminal, no ha quedado probado.

RESOLUCIÓN: Al acoger el planteamiento de la Defensa el Tribunal debe considerar, en estricta legalidad, que correspondería una sentencia absolutoria, sin embargo por la regulación poco acertada en un proceso acusatorio, de la normativa contenida en el artículo 388 del Código Procesal Penal, el Tribunal puede considerar que los hechos probados, únicamente dan lugar a determinar que el actuar de los procesados se concretó al permitir, que en sus cuentas monetarias personales, le hicieran los depósitos de cantidades de dinero. Derivado de lo anterior, para quienes juzgaban, las acciones desarrolladas por los procesados fueron propias del delito de

Encubrimiento Impropio contenida en el artículo 475 párrafo primero del Código Penal, el cual establece que "es responsable del delito de encubrimiento impropio quien, entre otros casos, en cualquier forma, ocultare efectos del delito aunque no tuviere conocimiento determinado del mismo, de esta cuenta se da por acreditada la existencia de este ilícito".

Acá podemos advertir claramente la importancia como eje central del proceso penal la Teoría del Delito en combinación con la Teoría del caso y la Argumentación.

La Teoría de la argumentación, encierra técnicas discursivas que permite persuadir o disuadir, que prueban o refutan, y trae consigo la oratoria forense, las reglas de la comunicación etc.

La argumentación puede considerarse como "un acto de habla que consiste en una constelación de afirmaciones destinadas a justificar o rechazar una opinión expresa, y concretadas en una discusión organizada para convencer a un juez racional sobre un punto de vista particular de relación con la aceptabilidad o no de esta con una opinión expresada."³

Manuel Atienza ha presentado tres formas de entender la argumentación jurídica, como formal, material y pragmática y dentro esta ultima ubica a la dialéctica y a la retórica⁴. La primera se entiende como una inferencia, encadenamiento de proposiciones, por lo tanto un argumento es un encadenamiento de proposiciones en la que unas de ellas constituyen las premisas y otra que se refiere a la conclusión; acá nos encontramos con el silogismo clásico de la lógica.

La segunda, no se refiere a la técnica para inferirse proposiciones con criterios de corrección formal, sino de descubrir y examinar las premisas.

³ Ochoa Sierra Ligia, Comunicación Oral y Argumentativa. Citando a Van Eemeren y Grootendorst (1984). Pág. 56. Colombia, 2008.

⁴ ATIENZA, Manuel, Las razones del derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica, Madrid, CEC, 1997. También en Cuestiones judiciales, México, Fontamara, 2001. El sentido del Derecho, Barcelona, Ariel, 2003, 2ª ed. El Derecho como argumentación, Barcelona, Ariel, 2006.

Se trata de justificar las premisas mediante el silogismo, sino la justificación de las conclusiones o de las decisiones tiene que hacerse a través de buenas razones que permitan la corrección del razonamiento. Se trata de obtener premisas validas.

La tercera considera a la argumentación como una interacción lingüística que se desarrolla entre dos o más sujetos, y tiene por objeto el convencimiento de un sujeto sobre otro. En el constitucionalismo moderno es importante que las decisiones judiciales constituyan uno de los parámetros más importantes para limitar el poder y con ello legitimar el ejercicio del mismo.

Nuestro objetivo será impactar con fundamentaciones lógicas jurídicas y argumentaciones suficientes, pero ello debe estar conectado con la teoría del caso, de lo contrario nuestro esfuerzo será mayor y probablemente no alcanzaremos el objetivo ante el Juez o Tribunal. Aún cuando realizamos inferencias en ese esfuerzo debemos aplicar la lógica de lo razonable y no pretender que el proceso penal y especialmente la actividad intelectual del juez se encierren en un silogismo jurídico, pues este lejos de proteger el ideal de libertad e igualdad, lo desampara.

Por ello podemos considerar que hasta el principio lógico del tercio excluido tiene una cabida no tan rigurosa en el proceso penal, pues aquel principio enuncia que si dos tesis son contrarias una debe ser declarada verdadera y la otra falsa, sin embargo en el proceso penal pueden lograrse acuerdos, negociaciones entre las posturas opuestas, por ello se sostiene que debe utilizarse la lógica de lo razonable.

Un abogado defensor debe ir construyendo su teoría del caso bajo las premisas de un ejercicio lógico y planificado desde el mismo momento en que tiene la entrevista con la persona indiciada o imputada y con los familiares que, por regla de experiencia y en el mejor de los casos, se constituyen en la primera fuente de conocimiento al relatarnos sobre su percepción de cómo fue detenido, cómo ocurrieron los hechos y cuál fue la actuación de la persona procesada, debiéndoseles escuchar con cuidado a fin de precisar los detalles de su relato.

Por ello es que la planificación de la defensa es un imponderable, y el trabajo de campo y la investigación son fundamentales. La verificación de nuestra hipótesis se consigue con los elementos materiales de prueba y, una vez lograda, se debe alinear el aspecto jurídico. De igual manera se debe concluir si la estrategia es de negociación con la fiscalía o de refutación a los cargos que se presentan.

La planificación, el orden y la elaboración de una acertada teoría del caso son los elementos esenciales de una defensa buena, seria y ética; así mismo debe procurar conocer las técnicas empleadas por el fiscal, su historial como investigador, sus registros e intervenciones como abogado en los juicios orales y en las audiencias, si es un fiscal dado a la negociación o no, su comportamiento frente a la aplicación de criterio desjudicializadores, y en todos aquellos puntos de referencia que le puedan significar a la defensa encontrar las fortalezas y posibles debilidades sobre los métodos investigativos y judiciales empleados por su contrario dialéctico y natural.

Ya que mencionamos la negociación, es importante detenernos un momento y abordar, temas que considerados un mito, y que pueden aplicarse de manera excepcional, este es el caso de la negociación como herramienta de resolución de conflictos. Ello precede de un análisis de nuestra teoría del caso y la confrontación con las plataformas probatorias, fácticas y jurídicas que haya presentado la contraparte.

Si de la elaboración de la teoría del caso surge para el abogado de la defensa que su mejor estrategia es buscar negociaciones con la fiscalía, y puede llegarse a algún acuerdo, especialmente respecto a la pena, o a modificar las figuras delictivas por las que se abrió a juicio, con la finalidad de humanizar el proceso, cristalizar políticas criminales, resolver pronta y cumplidamente el caso sometido a la justicia, y lograr la reparación de las víctimas, sin descuidar los intereses encomendados por la Defensa; habrá que realizar tal negociación. El punto importante es que toda estrategia de negociación debe de contar con la anuencia y pleno conocimiento del acusado.

El abogado bajo su responsabilidad técnica debe analizar la conveniencia de dicha institución y transmitirla a su defendido quien tendrá también la oportunidad de aceptarla o no. Deberá verificar que existen suficientes elementos que permitan deducir un eventual fallo de condena, no basta con la sola declaración del imputado, como en el caso de Sentencias por Hecho Notorio. También debe verificar si existe prueba ilegítima introducida al proceso, ya que en ese supuesto no habría suficiente plataforma probatoria.

El abogado de la defensa debe haber estudiado suficientemente el caso puesto a su disposición, haber corroborado las hipótesis de por qué no lleva adelante el juicio público de responsabilidad, y estar lo suficientemente preparado para asumir las negociaciones con la fiscalía, pues de lo contrario puede perder lo que pudo haber ganado en un juicio oral. Este tema puede estimarse con especial cuidado en las etapas anteriores al juicio oral, ya que en ésta resultaría de difícil aplicación.

2. ALEGATO DE APERTURA

La fase de juicio oral se torna relevante al momento del inicio del debate, pues dentro del mismo se producirá con mayor énfasis el contradictorio entre las partes. Acá ya debe estar preestablecido el Tribunal de Sentencia o Juez Unipersonal de Sentencia, para el caso que se va a conocer.

En este estadio el juez o tribunal de sentencia ya debe contar con la acusación y petición de apertura a juicio presentada por la parte acusadora, el acta de la audiencia oral en la que se determino la apertura a juicio, asimismo la resolución en la que se admitió la acusación y se abrió a juicio. Debe también tenerse presente que los objetos secuestrados ya fueron remitidos a la sede Tribunal o Juez de Sentencia competente para el juicio, si ello fuere factible; en el caso de que las evidencias materiales no hubieren sido sometidas a secuestro, estas serán conservadas por el Ministerio Público, sin perjuicio de que si conviene a la Fiscalía, se ofrezca en la

audiencia de ofrecimiento de prueba señalada en el artículo 343 CPP, debiendo ser presentadas e incorporadas en la audiencia de debate.

La facultad de ofrecerlas también puede convenir a la defensa por lo tanto, puede ofrecerse en la audiencia de ofrecimiento de prueba, la evidencia material que esté en poder del Ministerio Público y solicitar que a su vez, se le requiera a dicho órgano para que la presente en el debate quedando así incorporada formalmente.

Conforme a la oralización de las etapas, estas actuaciones y documentaciones constan en CD, sin perjuicio de que por algún motivo puedan documentarse en forma escrita en ausencia de tal elemento informático.

En la audiencia de inicio de debate, que ha sido fijado por el Juez Contralor de la Investigación y que se refiere a día y hora fijados, [debe interpretarse que el artículo 368 al referirse a día, se refiere a fecha] el tribunal debe constituirse en el lugar señalado para la audiencia.

La primera actitud del Presidente del Tribunal o del Juez Unipersonal, será el de verificar la presencia del Ministerio Público, del acusado y su defensor, de la víctima o agraviado y de las demás partes que hubieren sido admitidas, y de los testigos, peritos o intérpretes que deban tomar parte del debate. En el caso de que la víctima o agraviado se haya constituido como Querellante, deberá constar la acreditación como tal, caso contrario no puede admitirse su presencia en esa calidad, en todo caso, su presencia se aceptaría únicamente como Víctima o Agraviado.

Una vez verificada la presencia de las personas enunciadas en el párrafo anterior, el presidente del tribunal procede a declarar abierto el debate, y advierte al acusado sobre la importancia y el significado de lo que va a suceder y la atención que debe prestar en la audiencia. Esta advertencia no consiste en replicar la frase “se advierte al acusado sobre la importancia y el significado de lo que va a suceder y se le solicita que preste atención en la audiencia”. La advertencia debe ser orientada a

que el acusado comprenda que ese conflicto ha alterado la vida tanto del acusado como de la víctima y los efectos que se desprenden de dicho conflicto y su resolución en un futuro. Nótese que esa advertencia no debe presuponer la acreditación de las hipótesis, pues de lo contrario, se estaría anticipando una resolución del conflicto. Debe informarse que dentro del desarrollo del debate se van a conocer la hipótesis de ambas partes las cuales serán sometidas a la probanza con sus respectivos medios de prueba, por lo cual sus sentidos deben estar atentos a lo que suceda en las audiencias.

El Tribunal de Sentencia o el Juez Unipersonal de Sentencia, inclusive las partes y especialmente la Defensa Técnica, deben estar atentas a determinar la concurrencia de esa atención, ya que podría suceder que el acusado presente un cuadro anormal de percepción de la realidad, que le impida a esta altura del proceso penal, entender el alcance de la imputación y de las consecuencias de lo que suceda en el debate.

Según se prevé en el citado artículo 368 del Código Procesal Penal, luego de haber informado el acusado sobre la importancia y el significado de lo que va a suceder en la audiencia, se le otorga la palabra a la parte acusadora y defensa para que en ese orden presenten alegatos de apertura, -acá encontramos la variante en cuanto a la reforma introducida al Código Procesal Penal, ya que anteriormente se disponía la lectura de la acusación y el auto de apertura de juicio por parte del secretario del Tribunal-.

La norma no lo menciona pero al indicar que se le otorga la palabra a la parte acusadora, debemos comprender en tal término al representante del Ministerio Público y al Querellante si lo hubiere y sí este quisiese presentar alegato de apertura [aunque no resulta clara dicha obligación y aun si no es su deseo presentar alegato de apertura, considero que la normativa no regula que dicha inacción acarree ninguna sanción procesal], se le deberá otorgar la palabra a este último sujeto procesal para que pueda también presentar su alegato de apertura, conforme el artículo 12 Constitucional.

De igual manera, la norma no menciona que el acusado presente su alegato de apertura, sin embargo, conforme al artículo 101 CPP y 12 Constitucional, si aquel quisiera intervenir en ese sentido, deberá otorgársele la palabra, para ese único efecto, y el presidente le informará con palabras sencillas sobre el ámbito de su intervención y en su caso, regulará dicha intervención cuando se aparte de la presentación del alegato, sin coartar su derecho de defensa.

El alegato de apertura permite situar a las partes y a los juzgadores en el escenario de las tesis sostenidas por las partes, la cual por supuesto, deberá ser corroborada en el desarrollo del debate.

El alegato de apertura, es parte de nuestra teoría del caso. Como dijimos anteriormente, esta teoría se refiere a la visión, el punto de vista, las estrategias que cada parte diseña para enfrentar el proceso penal y que vista por cualquier sujeto procesal, se torna creíble, permitiendo así, que en la etapa de deliberación nuestras conclusiones sean tomadas en cuenta por el Tribunal de Sentencia o Juez de Sentencia.

Para los efectos de nuestra intervención, esta teoría debe ser enunciada de manera sencilla, basada en la realidad –objetiva-, coherente entre sí, con credibilidad y que guarde concordancia entre las plataformas fácticas, jurídicas y probatorias.

Para tener éxito en la presentación del alegato de apertura el abogado debe estar preparado, lo que significa haber investigado y analizado el caso. No hay que olvidar que cada fase del proceso puede tener determinadas estrategias, pero la teoría del caso, debe prudencialmente ser una.

El alegato de apertura debe contener información. En un sistema acusatorio, se debe informar a las partes sobre el objeto del juicio, este se compone de hecho y persona, y es la primera información que el tribunal de sentencia o el juez unipersonal de sentencia recibirá, esto hablando formalmente, porque materialmente el Tribunal o Juez Unipersonal han

recibido las actuaciones proveniente del Juez que conoció la etapa intermedia. Esta información –las cuales considero como intimación procesal- debe corresponder y realizarla el Ministerio Público y en algunas circunstancias al Querellante, para separar las funciones de los órganos jurisdiccionales y el órgano acusador, pues de lo contrario, si el juez diera esa información, se convertiría en juez y parte.

En la información se debe de transmitir un resumen objetivo del hecho o de los hechos, la prueba con que se cuenta, el encuadramiento que se hace de dichos hechos a un supuesto de la norma penal aplicable.

Esta información –como anote antes- reviste una intimación de hechos al acusado, por ello, este resumen no significa olvidar los elementos esenciales que deben informarse al acusado como lo es el tiempo, modo, lugar del hecho, los medios de prueba que deberán diligenciarse y con los cuales se pretende probar la hipótesis acusatoria. Ello sin ser exhaustivos.

La forma clara y precisa de dicho alegato, también persigue el objetivo de captar la atención del juez o jueces de sentencia, denotando una línea de trabajo o un camino que se recorrerá a través de la audiencia y que incida en el momento de la deliberación por parte de los jueces. Esta situación no es concluyente, porque podemos apreciar fallos que van en contra de los hechos expuestos por la defensa e inclusive -con menos recurrencia- a hechos expuestos por parte del acusador, aun cuando las tesis expuestas por las partes podrían haber contenido una lógica de lo razonable.

Por lo anterior, el alegato de apertura permite a las partes estar en condiciones de igualdad, para saber cuál es la plataforma fáctica, probatoria y jurídica que gira sobre el hecho controvertido. Este alegato presupone la concurrencia de buena fe procesal, en el sentido de que las pruebas que se presenten sean idóneas, pertinentes, útiles, y que la libertad probatoria, permita alcanzar la verdad formal o procesal.

Puede suceder que la defensa promueva la tesis de fiscalización, -lo cual no raya en incumplir en una obligación procesal- cuyo elemento

fundamental gira en torno a la fiscalización de los medios de prueba que se producirán; esta fiscalización debe someterse a la buena fe procesal, tratando de orientar la aplicación constitucional de los derechos y garantías que permitan resolver el conflicto penal.

En el otorgamiento de la palabra a las partes, al fiscal le corresponde exponer en forma resumida el hecho de la acusación, la calificación jurídica, pruebas que ofreció y fueron admitidas. Por su parte la defensa deberá también presentar su alegato de apertura, es decir su posición frente a la acusación y que promesa realiza para defender su postura en el debate, en otras palabras, expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas, si fuere el caso; o bien indicando su rol de fiscalización de los medios de prueba que se producirán durante el debate, como se indico antes. Estos alegatos, estas informaciones, estas hipótesis, son argumentación y esto precisamente es Derecho⁵, pues todo abogado, que actúa como legislador, fiscal, como defensor, juez, abogado director del querellante u otra figura, lo que hace es argumentar. Esta argumentación es más frecuente en el círculo forense, utilizado por los sujetos procesales para resolver conflictos o casos planteados, sin embargo el argumentar, debe ser una conducta seria.

Conductas de las partes en el alegato de apertura

a) Ser breve y preciso. Significa utilizar racionalmente el tiempo, tomando en cuenta el hecho que se imputa, e imponiendo al juez sobre los elementos esenciales, sin divagar o introducir hechos que no son conducentes al objeto del juicio. El juez puede moderar el tiempo de intervención de las partes.

b) No confundir alegatos de apertura con conclusiones. En esta fase como se dijo antes, es para presentar nuestra tesis o hipótesis respecto al objeto del juicio, por lo tanto no es el momento para argumentar o concluir, esta última actividad está reservada para la fase de la discusión final y

⁵ Atienza Manuel, Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica, Madrid, CEC, 1997.

clausura del debate, según se desprende del artículo 382 del CPP. Esto, porque materialmente no se ha producido la prueba que genere una mayor o menor probabilidad o bien certeza ya sea positiva o negativa respecto a las hipótesis presentadas por las partes. Si alguna de las partes argumentara o concluyera, el medio para corregir tal situación será la objeción que deberá ser resuelta por quien dirija la audiencia, y en caso de no aceptarse la objeción, podrá plantearse recurso de reposición para corregir el defecto.

c) No utilizar argumentaciones ni conductas que dañen la dignidad personal, ni versar sobre la prueba. En esta fase no le es permitido a las partes calificar la prueba anunciada o emitir la valoración que debe tener la misma ya sea en su aspecto jurídico, político u otros. Se trata de eliminar las especulaciones mientras la prueba no se produzca. Tampoco debe atacarse a la contraparte con estigmatizaciones o que conlleven una victimización secundaria.

d) La utilización de falacias ad misericordian: En esta fase no se trata de convencer al juez, por lo tanto la utilización de falacias no debe producir efectos en el ánimo del juzgador. Las partes no deben recurrir a los sentimientos del juez para incidir sobre su imparcialidad, pues esto puede convertirse en una causal de excusa o recusación.

e) Racionalidad en la promesa de que la hipótesis presentada se proba y la existencia de congruencia entre la prueba y lo que se trata de demostrar. No debemos considerar que los medios de prueba ofrecidos en la fase correspondiente es para “ver que resulta”, pues esto puede ser dañino para probar nuestra hipótesis y dejar en estado de indefensión ya sea al acusado o a la víctima o agraviado, según sea el caso. Por otro lado, resulta costoso a todos los ciudadanos, el hecho de reproducir medios de prueba que no sean eficaces.

f) Personalizar el conflicto, como un caso concreto. Se debe tener presente que el conflicto surge entre personas y estas no pueden ser objeto de abstracciones. El hecho de personalizar el conflicto, nos lleva a tratar

el mismo como un caso concreto. Recuérdese que el juicio oral pretende resolver un conflicto entre personas, situando la conducta de las mismas en el contexto en el que sucedieron los hechos.

g) Utilización de apoyos audiovisuales. En el caso de trascendencia o complejos, en el que existan pluralidad de hecho y pluralidad de sujetos, la memoria o la oratoria puede verse limitada o denotar un cansancio, por ello se sugiere la utilización de apoyos visuales.

Si el alegato de apertura contiene un resumen del hecho y la plataforma probatoria en que se basa ese hecho; los medios audiovisuales, constituyen entonces, un apoyo a la parte que los utilice para poder informar a los demás sujetos el contenido de la hipótesis que sustenta.

h) Concentrarse y escuchar [no oír] bien el alegato de apertura de la parte contraria. Esto le permitirá en el momento del alegato de clausura imponer al Juez o Tribunal lo que la parte contraria incumplió y no probó, como también denotar que dentro del debate se introdujeron hechos distintos a los enunciados en el alegato de apertura y que se constituyeron como imputación al acusado. Aun cuando, como se anoto en párrafos anteriores, algunos fallos se apartan de las tesis expuestas razonablemente, ello no debe limitar a señalar el incumplimiento de la promesa de la contraparte.

Como presentar nuestro Alegato de Apertura: En la intervención de las partes, cada quien utiliza la forma que se adapte a su personalidad, por ello es que no existe un recetario o un patrón para presentar los alegatos. A ello habrá que agregarle que no todos los alegatos de apertura son iguales, porque cada uno depende de las particularidades del caso, especialmente cuando nuestra estrategia será de fiscalización.

En virtud de lo anterior podemos advertir que en cada alegato de apertura son recurrentes ciertos elementos, lo cual genera la pauta para sugerir el siguiente orden:

- **Introducción.** En este espacio se trata de informar al juzgador sobre aspectos esenciales del hecho. Se trata de generar una visión coherente en la teoría del caso. La introducción debe abordar las líneas generales referidos al hecho. Un saludo, es importante para despejar la tensión del momento o situar a las partes en la buena voluntad de resolver el conflicto.
- **Presentación de los hechos.** Aquí se constituye la plataforma fáctica de forma sintética, tratando de abordar y responde las siguientes preguntas: ¿Cómo? ¿Cuándo? ¿Dónde? ¿Por qué?, o en otras palabras el tiempo, modo, lugar del hecho. Es menester informar cómo y con que se va a probar el relato fáctico, pero sin argumentar ni concluir acerca del contenido y consecuencias de los medios de prueba.
- **Presentación de los fundamentos jurídicos.** Toda actividad procesal se encuentra legitimada por la normativa sea esta sustantiva o adjetiva, por ello debe enmarcarse en el supuesto normativo que se considera adecuado. Es válido enunciar las normativas Constitucionales y de Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos. Esto responde, en definitiva al control que ejerce el juez, -sin perjuicio del principio iura novit curia-, que conlleva el control constitucional y el control convencional obligado. En fin hablamos de la plataforma jurídica que fundamenta la teoría del caso que se presenta.
- **Conclusión.** Aquí no deben abordarse aspectos subjetivos ni referirse al contenido y valoración de los medios de prueba. La conclusión debe enmarcarse en una petición concreta de lo que será el debate y que permitirá en principio develar la estrategia a utilizar y que conlleva la solución del conflicto y satisfacción de pretensiones. En el caso del fiscal este podrá manifestar que se tenga por presentado el alegato de apertura cuya base fáctica será probada en las audiencias del debate con los medios de prueba señalados, lo que traerá como consecuencia la probanza de la

participación del acusado en el hecho imputado. Por su parte la Defensa podrá pedir que se tenga presentado el alegato de apertura manifestando que la estrategia de la defensa será fiscalizar los medios de prueba [acá debe entenderse que se determinará al momento de producirse la prueba, sí la misma es idónea, si es pertinente, sí es inadmisibile, o bien que al ser sometida al escrutinio del contradictorio, la misma contiene deficiencias. Pese a que ha existido una calificación en la audiencia de ofrecimiento de prueba, no obsta a que en el momento de su producción, la misma pueda ser deslegitimada] que se diligencien en las audiencias de debate y que determinaran en consecuencia la no existencia del hecho imputado, la no responsabilidad del acusado en el hecho imputado, etc.

Al presentar nuestro alegato de apertura podemos utilizar medios de apoyo audiovisual, como se anoto antes, si esto no fuere posible, podemos pedir autorización al órgano jurisdiccional para que permita utilizar breves notas o anotaciones respecto a cantidades, fechas, o bien circunstancias que pueden omitirse en caso complejos.

3. INTERROGATORIOS

Cuando hablamos de interrogatorios no podemos olvidar situarnos con el testigo, aún cuando esta técnica es aplicable a peritos. De esa cuenta existen diversas actividades pre interrogatorio que debemos abordar con los órganos de prueba, desde su preparación en su dicho como en su preparación en la sala.

Aún cuando se perciba cuestionable la palabra “preparar” testigo, no debe inducirnos a error, pues las partes pueden y deben preparar a sus órganos de prueba, lo que no debe hacerse es faltar a deberes éticos que comprometen la credibilidad del testigo, introduciendo información que no puede sustentarse en el raciocinio del órgano de prueba.

Resulta aplicable lo relatado por GOLDBERG⁶ respecto al juicio oral: "...Por desgracia los juicios no son tan sencillos. Algunos testigos mienten, algunos testigos veraces parecen estar mintiendo, algunos testigos mentirosos parecen estar diciendo la verdad, algunos testigos olvidan, algunos testigos no son escuchados, hay jurados que no escuchan, hay abogados que cometen errores, testigos que también incurren en error, hay jueces que se equivocan".

Otro elemento a considerar en los interrogatorios y el proceso en general es la observancia del principio de intermediación, y especialmente el principio de identidad física del juzgador, por cuanto que el juzgador no podrá utilizar como pruebas los simples actos o medios que se encuentren por escrito, ni aquellos que se hayan producido sin su presencia o de algunas de las partes, por el principio de intermediación que juega un papel importante.

A ello agregó que toda prueba o fuente de prueba entre otras, testigos y peritos tienen que estar presentes en la audiencia para que puedan declarar lo que saben tanto en su interrogatorio como en su examen y ello tiene su razón de ser porque la declaración que se prestó en la fase de investigación o instrucción, y que se realizó de forma escrita y reservada o en audios no puede sustituir su producción en el debate, salvo, la excepción de esta regla que es la prueba anticipada y la prueba pre-constituida, las que se han realizado con fundamento en la necesidad y la urgencia, y en las cuales debe respetarse las reglas propias del debate.

Enfatizo que la presencia del órgano de prueba, puede realizarse a través de la presencia física, a través de videoconferencia u otro medio de comunicación similar (art. 218 cpp), y aún cuando exista prueba anticipada, existe la facultad de las partes de exigir la presencia del órgano de prueba en el debate si ello fuere posible; todo ello en consonancia con el principio de intermediación y oralidad.

⁶ Goldberg Steven H. Mi Primer Juicio Oral. Argentina, Heliasta, 1995.

Pese a no ser el tema central del presente documento me permito exponer que no cualquier declaración puede ser motivo de realizarse mediante videoconferencia, sino aquellas que están reguladas legalmente:

- El testigo sin rostro (218 ter.e.)
- El órgano de prueba con cambio de identidad, que brinde una nueva declaración con posterioridad a habersele otorgado el cambio de identidad. La declaración se hace con su identidad original. (218 ter. e. y 104 septies de la Ley contra la Delincuencia Organizada)
- Cuando por algún obstáculo difícil de superar se presuma que el órgano de prueba no puede comparecer al debate. (317 y 346)
- Cuando se tema por la vida y/o integridad física del testigo. (5º párrafo del 317)
- En casos de extrema urgencia de recepción de prueba testimonial. 318. 3º párrafo.)
- Por imposibilidad de asistencia o incomparecencia el testigo o perito al debate. (365 y 379 CPP)
- Cuando así lo disponga el Tribunal en el Debate. CPP 365 Párrafo final.
- Art. 66 Ley contra la Violencia sexual... protección de Testigos de Trata de Personas: “Por las necesidades del caso así lo requieran, o cuando el testigo esta en el extranjero por razones de seguridad o por su condición de repatriado.
- Video declaraciones y juicio virtual de personas procesadas penalmente que se encuentran privadas de libertad. Acuerdo de la CSJ 24-2010
- 100 reglas de Brasilia regla 37.

Para no perdernos de nuestro tema, a continuación detallo algunos elementos mínimos que debemos considerar a la hora de preparar nuestros testigos, sin perjuicio de tener presente siempre el secreto profesional que no podemos vulnerar, ni la presunción de inocencia que le acompaña emitiendo juicios aprioris:

- Questionarnos la versión del testigo, para determinar dialécticamente un indicio de credibilidad. Esto lo podemos lograr a través de realizarnos preguntas críticas de:
 - ¿Es la fuente autorizada para afirmar lo que dice?
 - ¿Él o ella están posición de conocer la información?
 - ¿Es la fuente imparcial y reciente?
 - ¿Lo que afirma es realmente lo que autorizó a decir?
 - ¿Es lo afirmado consistente con los hechos conocidos del caso?
 - ¿Muestra constancia en lo que afirma?
 - ¿Es lo afirmado consistente con otros testimonios?
- En consecuencia asegurarse que el testigo dice la verdad.
- Familiarizar al testigo con el Sistema Procesal Penal.
- Concientizar al testigo de su rol en el Proceso.
- Escuchar detenidamente el relato del testigo y seleccionar lo que interesa al proceso.
- Explicar al testigo las reglas y propósitos del interrogatorio directo.
- Ilustrar el vocabulario a utilizar, si el testigo lo permite.
- Ilustrarle la forma de comportamiento del testigo y la forma de testificar en la Audiencia Pública.
- Practicar con el testigo las preguntas y respuestas del interrogatorio directo.
- Preparar al testigo respecto a las preguntas que pueden surgir en el contrainterrogatorio.

Sin embargo y pese a lo anterior, nos corresponde referirnos al tema de interrogatorios. Al hablar del tema de los interrogatorios, nos situamos en su expresión amplia, es decir, nos referimos al interrogatorio propiamente dicho o Interrogatorio directo, el contrainterrogatorio, el interrogatorio redirecto, contrainterrogatorio o el llamado interrogatorio cruzado. Nuestra legislación no regula este último, pero tampoco lo excluye⁷. En la dinámica

⁷Es importante destacar que con las reformas del Decreto 7-2011, la regulación del artículo 378 CPP Guatemalteco, puede inferirse su incipiente utilización, pues destaca que "concederá la palabra a la parte que lo propuso para que lo examine... seguidamente concederá la palabra a los demás sujetos procesales para que lo examinen o contra examinen..."

de esta técnica, es conveniente que el testigo no relate su versión directa de los hechos, sino que esta se obtenga precisamente a través del interrogatorio, para que pueda obtenerse el mayor grado de fiabilidad, y entrañe una relación dialéctica, con un verdadero contradictorio.

De una manera sencilla diremos que el interrogatorio directo, es realizado por la parte que ofreció o presentó la prueba; mientras que el conainterrogatorio, corresponde realizarlo a la parte contraria a quien ofreció la prueba.

Podemos empezar acreditando nuestro testigo mediante las preguntas que orienten a informaciones de su trabajo, de su comunidad, etc. Luego pasaremos a preguntas dirigidas sobre lo que le consta del hecho, sus pormenores, circunstancias preexistentes, concomitantes y posteriores al hecho o que se refieran a la responsabilidad o no culpabilidad del acusado, por ejemplo.

Pero de las manifestaciones del testigo o perito pueden quedar informaciones pendientes que pueden interesar a las partes, por lo cual algunas legislaciones permiten expresamente, un segundo interrogatorio que realiza la parte que ofreció al testigo y que lo había interrogado de primero; a ello, por la función esencial del principio de contradicción y para fortalecer esa relación dialéctica que permita obtener resultados verosímiles, se procede a dar la palabra a la contraparte a que realice asimismo un segundo conainterrogatorio al órgano de prueba. Esto también se conoce como Interrogatorio cruzado, utilizado en el sistema anglosajón, aún cuando algunos le denominan así al conainterrogatorio que realiza la parte que interroga de segundo al órgano de prueba no ofrecido por él. Es de aclarar que en este último, las partes deben limitarse a preguntar sobre nuevas temáticas que surgieron del interrogatorio, en otras palabras no pueden interrogar sobre nuevas temáticas que hubieren omitido en el interrogatorio o conainterrogatorio principal.

En el interrogatorio directo se da la oportunidad de introducir elementos de prueba de los hechos que se pretende probar, por ejemplo

documentos, evidencia que sustente un hecho, etc. Por ello se infiere que esta técnica puede dirigirse a diversos propósitos, pero especialmente trata de probar nuestras alegaciones, pues el dicho del testigo –entre otros medios de prueba- nos permitirá corroborar nuestra tesis o destruir la contraria; también puede dirigirse a convencer al juez sobre la idoneidad y veracidad del testigo y por ende de nuestra tesis, por lo cual el juez puede interiorizar los elementos en su entorno psicológico, percibiendo nuestra historia como viva, persuasiva y por supuesto creíble.

Para causar impacto en el juzgador y las partes de que nuestra historia es creíble -y por supuesto lo tiene que ser-, debemos determinar que testigos deben presentarse primero, para ello podemos situarlos en diferentes escenarios:

- a) Escenario cronológico. Trata de abordar al testigo de acuerdo al tiempo relevante de hechos conforme se desarrollaron.
- b) Escenario de impacto. Trata de abordar al testigo de acuerdo a la situación relevante dentro del objeto del juicio, citando por ejemplo al testigo presencial. La utilización de este orden trata de impactar al juez, persuadirlo y convencerlo, como en el caso de una víctima de violencia contra la mujer.
- c) Escenario por temáticas: Se trata de abordar al testigo sobre temas sustanciales como la detención, actos de legítima defensa, ubicación distinta en fecha, hora y lugar distinto al de los hechos y otros.

Pero el hecho de dicha distinción no presupone lograr el propósito o propósitos apuntados antes, por lo cual debemos considerar un perfecto interrogatorio, que debe de ser sencillo y breve.

En el interrogatorio directo, juega un papel importante la pregunta abierta porque permiten al órgano de prueba narrar o explicar con sus propias palabras su dicho: ¿Sra. testigo podría explicar en qué región le propino los golpes su conviviente?

Luego podemos proseguir con una serie de preguntas cerradas para referirnos a temas específicos, tratando de que la respuesta que se nos otorgue tenga un escaso margen de explicación, se aconseja que la respuesta sean concisas como un “sí” o un “no”: ¿Sra. Testigo Juan... es su conviviente?

Puede abordarse un interrogatorio con preguntas de transición con las que el interrogador conecta un tema precedente con otro tema que va a abordar, y con ello mantener la conectividad de la declaración, especialmente su fin debe ir orientado a causar impacto en el juez. Este tipo de preguntas se aprecia en la siguiente interrogante: ¿Ahora bien, Sra. Testigo situémonos en las agresiones verbales que le realizaba su conviviente? ¿Como usted lo narro antes, el agresor la trataba de perra, ahora bien, que efectos provocaba que el agresor le dijera esa frase en la vía pública...?

También puede advertirse la pregunta de seguimiento que permite darle soltura al órgano de prueba y que permitiría realizar un interrogatorio activo y por supuesto persuadir al juez.

Por su parte la pregunta sugestiva es aquella en la cual se hace una afirmación, la respuesta del testigo será afirmar o negar la aseveración que hace el litigante.

Ha sido recurrente determinar si la pregunta sugestiva está prohibida por nuestra legislación y hay tesis de pro y en contra. Las primeras sustentadas en la taxatividad de la ley, y en este caso se considera que la reforma introducida en el Código Procesal Penal derogó su prohibición y por lo tanto están permitidas; la segunda basada en que, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, lo capcioso contiene lo sugestivo y por lo tanto continua la prohibición.

En mi particular punto de vista, debe permitirse de manera prudente tales interrogantes por cuanto que se trata de verificar en el dicho del testigo la información del objeto del juicio.

A ello podemos agregar que la sugestividad resulta importante permitirse en el interrogatorio directo con el testigo hostil propuesto por la parte contraria, también en el caso de testigos de avanzada edad, ignorancia o en casos que están afectados el pudor la intimidad sexual u otras causas análogas, y precisamente este tipo de testigos, si el caso lo ameritase deberá tener acompañamiento psicojurídico.

Nuestra legislación, prohíbe diversos tipos de preguntas, dentro de ellas podemos encontrar las preguntas capciosas, que contengan un doble sentido, y que normalmente buscan confundir al testigo o inducen a dar respuestas contentivas de error y ambiguas. También están prohibidas las preguntas impertinentes, que no tienen nada que ver con el objeto del juicio. Podemos encontrar también las repuestas repetitivas que se realiza sobre hechos ya acreditados por el órgano de prueba y que puedan buscar confundir al testigo. Este tipo de preguntas debe tenerse bastante claras, pues se puede correr el riesgo de no permitir el contrainterrogatorio lo cual resultaría arbitrario. En el caso de preguntas argumentativas aunque no se regulan expresamente su admisión o prohibición, debe tenerse especial cuidado si se limitan, pues este tipo de preguntas puede confundirse con las preguntas de seguimiento. Tales preguntas argumentativas van orientadas o se fundamentan en una conclusión, en una especulación, en una tesis o razonamiento determinado. Tampoco son aconsejables las preguntas compuestas, por el riesgo que se tiene de que el órgano de prueba, solo se refiera solamente a una de las interrogantes contenida en la pregunta. En el caso de preguntas compuestas el juez debe ser cuidadoso de no coartar el derecho de las partes a interrogar a los órganos de prueba, cayendo a un excesivo formalismo civilista.

La presentes líneas de pensamiento no pretenden ni deben considerarse un recetario, pero debe considerarse que en el interrogatorio directo, iniciemos en cuestionarnos ¿Qué?, ¿Quién?, ¿Cómo?, ¿Cuándo?, ¿Dónde? y ¿Por qué?, por ejemplo ¿Qué vio? ¿Dónde estaba usted?, etc.

Debemos tener presente acá que el órgano de prueba es el que aporta el dato objetivo o elemento de prueba al proceso, y no el interrogador.

Puntos a considerar en el interrogatorio:

- Idoneidad (art. 211 cpp) ¿Acreditar al testigo? 220
- ¿Cómo se llama? ¿A qué se dedica?
- Hechos (verdad histórica, art. 207 cpp)
- Comparecencia al tribunal

Se detallan a continuación algunas actitudes que debe observar el examinador:

- Crear confianza
- Poner atención
- Hablar en términos comprensibles
- Vea directamente a su testigo y al tribunal
- Mantenga silencio y pausas.
- Legitime a su testigo
- Exíjale a su testigo
- Que sea natural, exacto, completo, etc.

Tips en el examen directo:

- Enfaticé reiterando en resumen lo que interesa destacar.
- Hágase el sordo, muéstrese sorprendido
- Pedir que el testigo explique con vocabulario gestual

En el contrainterrogatorio, como lo advertimos antes, es el interrogatorio que le corresponde a la parte que no hizo el interrogatorio directo, es decir la contraparte diferente a la oferente de la prueba.

Esta técnica es la verdadera dialéctica, por la búsqueda de la verdad no histórica sino formal, por ello, no podemos desaprovecharlo. En esta actividad el papel del interrogador resulta crucial, que puede hasta considerarse artífice de las repuestas del testigo.

Derivado de lo anterior, esta técnica debe limitarse a lo que fue objeto del examen directo o bien buscar elementos que cuestionen la credibilidad del testigo incluyendo su idoneidad. Debe buscarse en los mínimos detalles expuestos o en las apreciaciones que consideremos

exageradas, y que hayan sido informadas por el órgano de prueba, ello para remarcar su deslegitimación.

Es importante también destacar la inconveniencia del concontrainterrogatorio cuando se trata de “hacerlo por hacerlo”, pues podemos correr el riesgo perder lo que se había ganado, aún sin nuestra actividad de concontrainterrogar.

Aunque no es muy usual en nuestro medio, solicitar constantemente al Presidente, en el curso de la declaración del órgano de prueba, que se le advierta al mismo que se encuentra bajo juramento; se aconseja realizarlo, pues esto resulta ser una fórmula eficaz para obtener dichos verosímiles.

A continuación se detallan algunos elementos que debemos tener presentes para desarrollar nuestro concontrainterrogatorio y que van orientados al cuestionamiento de la credibilidad del testigo:

- Por su capacidad de percepción.
- Por sus versiones inconsistentes.
- Omitió aspectos importantes.
- Tiene algún interés en el resultado del proceso.

Estos elementos nos permitirán dirigir preguntas relacionadas a:

- Destacar debilidades del testigo o de su testimonio
- Minimizar la importancia del testimonio perjudicial
- Que el testigo manifieste qué interés puede tener en el juicio
- Beneficios que está recibiendo a cambio de su testimonio
- Razones para ayudar a la víctima o imputado

Preparación: Previamente el sujeto que concontrainterroga, debe preguntarse y determinar que se necesita lograr con él órgano de prueba.

Por ello cabe preguntarse: ¿Cómo esa declaración apoya el caso de la parte contraria? ¿Cómo esa declaración apoya nuestra tesis? Por ello si no hay nada que repreguntar, no lo haga.

¿Qué hacer y qué no hacer en el CE?

- Recuerde que el CE no anula la declaración, salvo excepciones, por ello, el CE debe ir orientado a anular las ventajas que la contraparte había obtenido de él.
- Evaluar constantemente el riesgo de poner en peligro lo que hemos obtenido
- Formule preguntas que permitan que el testigo conteste en una sola palabra.
- Mantenga el control. No forcé la respuesta.
- Nunca pregunte algo de lo cual no sabe la respuesta? No “salga a pescar”
- Formule preguntas que no inviten a explicación. La respuesta debe ser “sí” o “no”.
- Nunca pida una opinión
- No haga la pregunta de más. Después de una repregunta de la cual usted tenga ya una conclusión, guárdela para el alegato final, pues corre el riesgo de que el órgano de prueba explique.
- Si el testigo no afecta su caso o teoría del caso mejor no pregunte nada
- Sea breve y vaya al grano. No pierda el control.
- No pregunte en el CE ¿Por qué? O ¿puede explicar usted cómo es posible tal cosa?
- No haga el CE con expresión burlona
- No discuta con el testigo. La debilidad del testigo se destaca en el alegato final.
- Para viabilizar el CE debe basarse lo que el testigo dijo en la audiencia no en lo que dijo antes ni en lo que se cree va a decir.
- Identificar vulnerabilidades del testigo

Hasta acá pareciera que ha terminado la función de un órgano de prueba y que si el dicho del mismo ha quedado cuestionado, se ha perdido dicho material, que puede resultar relevante para el objeto del juicio. En este sentido habrá que rescatarlo y una de las formas en que podemos realizarlo, es que la parte oferente lo rehabilite -procesalmente hablando-, para ello deberá utilizar un nuevo interrogatorio que es conocido como interrogatorio redirecto y que algunas legislaciones lo admiten expresamente.

Esta técnica busca como se dijo antes, rescatar al testigo que ha quedado cuestionado en su credibilidad o fortalecerlo si ha quedado debilitado, pero deberá limitarse las preguntas a situaciones nuevas cuyo origen lo encontremos en el interrogatorio o contrainterrogatorio inicial.

Otra forma de rescatarlo es concatenarlo con otro testigo especialmente que sea referencial y que haya declarado anteriormente, o bien recordándole al testigo que pueda consultar breves notas, tal y como nuestra legislación lo permite. Finalmente otra fórmula de rescate es objetando las preguntas de la contraparte, especialmente aquellas dirigidas en el contrainterrogatorio.

4. LAS OBJECIONES:

A propósito, las objeciones pueden estimarse como “un remedio o mecanismo por el cual se plantean oposiciones a la forma de la sustanciación de un acto en que se disputa o discute situaciones que versen sobre el objeto del juicio”. También consiste en reparar sobre algún elemento o material de prueba que se pretenda introducir en el proceso por alguna de las partes litigantes o por el juez. A mi entender, a las objeciones, deben de aplicarse las normas generales de la actividad procesal defectuosa, en el sentido de determinar porque se objeta, identificar el error, la violación del derecho y la fórmula para corregir el defecto. La no objeción, en los motivos absolutos de anulación formal, no limita la procedencia de estos últimos, porque aun cuando el CPP refiera protesta, debe situarse ambas situaciones análogas como fundamento para apelaciones especiales, si fuere el caso.

La objeción debe ser oportuna, pertinente y fundamentada, es decir antes de que el órgano de prueba conteste a la pregunta, la pena de que nos la declaren extemporánea; relacionarse directamente sobre la pregunta que se le ha formulado o bien relacionada con un elemento de prueba que se pretenda introducir a través del órgano de prueba, como lo podrían ser documentos.

En otros sistemas, si la objeción resultare tardía pero fuere procedente, la respuesta dada por el órgano de prueba resultaría impertinente, por lo cual el juez podrá dejar asentada que dicha respuesta no conste en el acta. Esta técnica –objeciones- también puede orientarse a causar confusión en la línea de actuación de la contraparte, cuando es utilizada como una estrategia de desnaturalizar el interrogatorio o evitar la continuidad en el dicho del órgano de prueba, especialmente lo percibimos cuando una de las partes esta “perdiendo a su testigo”, y a toda pregunta que realiza el interrogador al órgano de prueba, le grita: ¡objeción!

Sin ser exhaustivo ni con pretensión de agotar en numerus clausus, podemos advertir que las objeciones son más recurrentes en los siguientes temas:

- A preguntas sugestivas en el interrogatorio directo, que como se indicó antes, son las que incluyen la respuesta en la propia pregunta o sugieren la respuesta dentro de la misma pregunta.
- A la pregunta repetitiva.
- A la pregunta compuesta.
- A la pregunta que introduce hechos no acreditados. Presuponen una especie de capciosas, por cuanto que se basa en hechos no probados.
- A la pregunta ambigua.
- A la pregunta especulativa, la pregunta supone hechos que no sucedieron e invitan al testigo a que presuma, imagine, especule, suponga o emita su creencia acerca de hechos que no le constan y sobre los cuáles no puede declarar con certeza;
- Pregunta capciosa, encierra un engaño o confusión.
- Cuando se hace comentarios, -luego de cada respuesta del testigo-. Debe objetarse e indicar al juez, que los comentarios y argumentaciones no constituyen prueba en el proceso.
- Aunque no muy usual y no regulada normativamente en nuestro medio, sino mas bien con una base teórica, se puede

apreciar en el Interrogatorio no responsivo, que se refieren más bien a las respuestas que proporciona al órgano de prueba, que no le han sido solicitadas o cuando relata el hecho fuera del interrogatorio a que está siendo sometido o que es permitido por la ley. Sucede mucho con el testigo que habla mucho y no concreta lo pedido en la pregunta. De igual forma, cuando el testigo no responde, ya sea que se niegue a responder o evada la pregunta con otra respuesta. Acá habrá que pedir al juez que indique al órgano de prueba de la obligación de prestar declaración en los términos del artículo 207 del CPP.

- Por irrespetuosidad con los testigos.

5. ALEGATOS FINALES:

Llegado el momento en que se ha producido toda la prueba y no se han dado modificaciones en el debate, pasamos a la etapa de la discusión final donde se expondrán los alegatos finales, es decir las conclusiones. En este momento, cada una de las partes va a dar a conocer la confirmación de su hipótesis, de cómo ocurrieron los hechos, va a valorar la legalidad y el contenido de la prueba, va a dar razones jurídicamente viables y van a realizar su petición.

Esta etapa del debate se caracteriza por las argumentaciones dialécticas y retóricas de las que hacen uso los sujetos procesales con el objeto de efectuar un análisis profundo y minucioso de todo lo que aconteció durante el desarrollo del debate. La etapa de discusión final puede y debe de ser la fase final en la que se intenta convencer al tribunal respecto de la hipótesis sostenida, sea de acusación o de defensa, con el resultado de cada uno de los medios de prueba desarrollados. Por ello se sostiene que uno de los momentos relevantes en la práctica de la argumentación se realiza en la etapa de conclusiones, y de lo expresado, el juez puede decidir, no con una simple subsunción con argumentos a fortiori, aplicando un irrestricto positivismo en una especie de un acto mecánico, sino con argumentos

razonables mediante los cuales debe materializar el derecho constitucional y el orden convencional. Y a propósito de la subsunción no se trata de un encajuelado de los hechos al tipo penal, sino que se basa en un desarrollo coherente que permitan identificar, cuando, donde, como, con qué, y porque la persona acusada es responsable de haber cometido o participado en un ilícito penal. Este desarrollo es importante en la etapa de conclusiones porque permite determinar el grado de participación, la autoría, la complicidad, el encubrimiento, grados de consumación o tentativa, o bien la inexistencia del delito, inexistencia de responsabilidad penal, concurrencia de causas de inculpabilidad, causas de justificación, excusas absolutorias, etc.

Claros ejemplos podemos tener cuando se acusa a tres o cuatro personas de haber dado muerte a otra y conforme a la necropsia la víctima sólo tienen un disparo y a los tres se les sindicada del mismo hecho sin individualizar acciones y grados de participación. Relacionado a dicho ejemplo, en nuestras conclusiones debemos reafirmar que si no se individualizan las acciones se violenta el principio de legalidad penal, el principio de imperatividad procesal y el derecho de fundamentación, lo cual traería como consecuencia una eventual sentencia absolutoria. Es oportuno advertir que la teoría del caso, la teoría del delito y la teoría de la argumentación jurídica no aparecen de manera aislada, sino que siempre aparecerán concatenadas.

Por ello, en el transcurso de la discusión resulta conveniente relacionar los hechos con el marco jurídico dentro del cual fallara el tribunal y exponer la forma de cómo se cumplió con la carga de la prueba a quien corresponda, utilizando el producto obtenido de las pruebas físicas y los elementos de apoyo audiovisual, y en especial remarcar como y porque la contraparte no lo hizo. Efectivamente, este es el momento oportuno para que el abogado efectúe el enlace de los elementos de la teoría del delito con los de la prueba producida, para demostrar la culpabilidad o no del imputado, por ejemplo para el caso de la defensa que invoque a favor de su defendido la legítima defensa, deberá realizar el análisis de la norma en consonancia con la prueba producida, como lo sería la necropsia practicada al cadáver de la víctima, el tipo de lesiones que se ocasionaron,

prueba testimonial, el objeto del delito utilizado, identificación del lugar donde sucedió la agresión, etc.

Existen variadas formas y estilos de presentar nuestras conclusiones, sin embargo se sugiere que puede utilizarse la siguiente estructura:

- Introducción. Trate de imponer a las partes y especialmente al Juez sobre elementos esenciales del proceso realizado.
- Presentación Teoría del caso. En este momento las partes sitúan lo prometido en el alegato inicial.
- Presentación de la Controversia
 - Hecho y Responsabilidad
 - Debe abordarse los siguientes elementos:
 - § Elementos del Delito
 - § Deducción derivada de la prueba producida en el debate y el significado de esa prueba.
 - § Credibilidad
 - § Confiabilidad de otros medios de prueba
 - § Oposiciones.
- Narración de los hechos
 - § Crear escena animada de los hechos.
 - § Versión concisa, sintética y contundente.
 - § Estructura Cronológica.
 - § Elementos de fecha, hora, lugar de los hechos.
 - § Descripción de factores circunstanciales, clima, escena, otros.
- Análisis de la prueba
 - § Lógica, Sentido común, etc.
 - § Utilice apoyo audiovisual, fotografías (Álbum fotográfico), mapas, y otros elementos de prueba admitidos o que se haya permitido su utilización para apoyo.
 - § Argumente sobre discrepancias o contradicciones entre las pruebas.
- Aplicación del análisis jurídico. Teoría del delito.
 - § Relación del hecho con el marco jurídico.

§ Subsunción del hecho.

§ Concurrencia causas de inimputabilidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad.

- Valoración de la prueba. Normalmente abordamos el análisis de la prueba con su valoración.
- Confrontación del caso. Cuestionar la existencia o no del hecho, la responsabilidad del acusado y si estos puede ser sustentado en una norma jurídica con razones validas. Extraer de la argumentación del contrario los puntos débiles y fuertes. Seleccione y analice 2 o 3 puntos fuertes de su argumento y confróntelo con los de la contraparte, haciendo valer su posición.
- Petición final

En nuestros alegatos finales debemos tener presente:

- No improvisar (preparación).
- Analizar los hechos de la acusación y la prueba admitida en el debate.
- Mantener la atención del Tribunal. Aún cuando no se tenga una buena oratoria, pero tengamos un buen respaldo probatorio y conocimientos jurídicos, no podemos dejarlos que por ellos mismos hablen [en sentido figurado], al contrario, con un esfuerzo debemos remarcar lo obtenido de ellos y como prueban nuestra hipótesis. Recordemos que el Tribunal luego de largas jornadas, de conocer múltiples casos, o por su formación inquisitiva o anti garantista, no mantenga la atención en nuestra exposición y con ello perdemos la posibilidad de dar una respuesta razonable al conflicto. Por ello sin caer en rimbombancias o exageraciones debemos transmitir nuestras conclusiones con un lenguaje claro y sencillo, aunque riguroso, sobre todo en términos jurídicos.
- Utilizar la Pregunta retórica. “El acusador no podrá explicar porque el arma no fue embalada y la misma no coincide con vainas encontradas en la escena del crimen”

- Que nuestro alegato tenga una estructura lógica y especialmente coherencia y fundamento.
- Tratar de dejar clara la hipótesis. Debemos dejar claro nuestro razonamiento acerca del porque creemos en nuestra tesis. Las expresiones “yo opino”, “yo pienso” dan lugar a duda en el tribunal.

6. LA RÉPLICA:

Finalmente puede darse el caso que la contraparte refute nuestros argumentos, especialmente aquellos que pueden haber impactado en el tribunal, la refutación debe ir orientada a los argumentos adversos que no fueron objeto de la conclusión. Muchas veces se utiliza la réplica para remarcar la conclusión primaria o adicionar otros argumentos lo cual no es técnico. Es importante destacar que si las argumentaciones adversas de la contraparte no tienen fundamento, la réplica no tendría razón de ser, pues tal refutación debe orientarse al supuesto que pueda influir y variar la percepción, convicción o idea que tenga el juez acerca de un hecho, dato, argumento, etc. El Art. 382 CPP regula: “Sólo el Ministerio Público y el defensor del acusado podrán replicar; corresponderá al segundo la última palabra. La réplica se deberá limitar a la refutación de los argumentos adversos que antes no hubieren sido objeto de informe. En el caso de manifiesto abuso de la palabra, el presidente llamará la atención al orador, y, si éste persistiere, podrá limitar prudentemente el tiempo del informe teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos del examen, pruebas recibidas y cuestiones a resolver.”

palabra y no con el brazo armado, lo cierto es que en algún momento de la historia la razón de la fuerza fue sustituida por la fuerza de la razón.

De allí en más se posibilitó el diálogo y, con él, la realización de los medios autocompositivos que pueden operar directamente (desistimiento, allanamiento y transacción) o indirectamente, con la ayuda de un tercero particular (actuando como amigable componedor o como mediador) para disolver el conflicto. Y ello generó otro diseño de enjuiciamiento que vino a suplir el método del uso de la fuerza bruta: el sistema acusatorio e inquisitivo de enjuiciamiento”.²

Muestra de los antagonismos mencionados da origen a que dentro de la historia se hable de sistemas procesales penales: Acusatorio, Inquisitivo y Mixto.

En relación a los antecedentes de los sistemas procesales penales, en Guatemala, debe partirse analizando que a partir del año de 1,821 que da inició la época independiente y una pasajera anexión con México, que finalizó en el año de 1,823, se establecen las bases constitucionales de tipo federal que posteriormente será la Constitución de la República Federal de Centroamérica.

En dicha época prevalecieron en materia penal, los Códigos de Livingston derogados el 13 de marzo de 1838.

En el régimen liberal en su segunda fase se promulga un nuevo código de procedimientos penales, que estaría en vigor más de medio siglo y en 1900 se realizan reformas al código penal, que aumentan considerablemente la severidad de las penas.

En el año 1956 entra en vigor una nueva Constitución. Posteriormente esta constitución queda suspendida y se promulga una Carta Fundamental de Gobierno, que no reconoce el derecho de amparo y restringe el Habeas Corpus.

Durante el Gobierno del General José María Reyna Barrios, se emite el Decreto 551 de fecha 7 de enero de 1898, que contenía el nuevo

² Alvarado Velloso, Adolfo. *Ibid.* Pág. 3.

código de procedimientos penales de Guatemala, que se decía seguía un modelo mixto por cuanto contemplaba dos fases: la de instrucción o sumario y la de juicio o plenaria, sin embargo el procedimiento se desarrollaba solamente por escrito tanto en la primera como en la segunda fase, y existía todo un capítulo del Código que regulaba la incomunicación del procesado, con lo cual se evidencia que se trataba de un modelo eminentemente inquisitivo y se mantuvo vigente por setenta y cinco años, hasta la promulgación del Decreto 52-73 del Congreso de la República, que contenía el Código Procesal Penal, que entró en vigencia el 1 de enero de 1,974, que mantuvo con su serie de reformas parciales y modificaciones hasta la reforma procesal que nos ocupa; a pesar de que este código presentaba toda una estructura formal incluyendo principios, que lo ubican dentro de un modelo mixto, su desarrollo forense fue inquisitivo”.³

En el régimen democrático que fue en el período de 1944 a 1954 los códigos penales y de procedimientos penales son objeto de modificaciones tendientes a flexibilizar sus disposiciones (trato diferente a la mujer y al menor de edad, excarcelación bajo fianza, etc.). Esto quiere decir que a partir de la Constitución de 1,945 se acogieron principios procesales propios del sistema acusatorio, los cuales son ratificados y perfeccionados por la Constitución vigente de 1,985.

En el año de 1985, con las reformas al sistema procesal penal guatemalteco y con la vigencia de una nueva Constitución Política en el año de 1,985, el sistema penal guatemalteco está orientado en base a principios y garantías que orientan y sustentan el procedimiento penal contemporáneo, entre ellos, el de legalidad, defensa técnica y gratuidad, inocencia, in dubio pro reo, irretroactividad de la ley, prohibición de declarar contra sí mismo, juez natural e independiente, juicio público, justicia pronta, en el que nadie puede ser condenado sin antes haber sido citado, oído y vencido, ni juzgado más de una vez por el mismo hecho, prueba lícita y valorada conforme la lógica, la psicología, la experiencia, cosa juzgada,

³ Barrientos Pellecer, César. Evaluación de la Reforma Procesal Penal en Guatemala. Revista e la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Número 21. Costa Rica. 2003. Pág. 141.

penas determinadas, graduadas e impuestas con el objeto esencial de la rehabilitación del condenado, erradicación del suplicio y del sufrimiento corporal y establecimiento de otras disposiciones sin cuya observancia no puede hablarse de un proceso penal.

Sin embargo, debe recordarse que la legislación ordinaria reguló durante mucho tiempo un procedimiento notoriamente de espaldas a los preceptos constitucionales, toda vez que el nuevo código procesal penal inicia su vigencia a partir del año de 1,992 y el Código Procesal penal anterior 52-73, rigió varios años estando vigente una Constitución de carácter garantista.

Actualmente se encuentra vigente un nuevo Código Procesal Penal Decreto 51-92 con tendencia acusatoria, sin embargo de su normativa se puede establecer que no impera un sistema acusatorio, siendo un sistema mixto pro acusatorio por la presencia de resabios del sistema inquisitivo.

1.2. Sistema Acusatorio

El Sistema Acusatorio se ha caracterizado a lo largo de los años, por el imperio de garantías fundamentales a favor de los imputados en el desarrollo de cada una de las fases del proceso penal.

El papel del Juez es trascendental, al existir separación de funciones entre el Ministerio Público, la defensa y el Juez. El Juez ejerce una función pasiva e imparcial al estarle restringido el ejercer funciones investigativas, que en este sistema corresponden con exclusividad al Ministerio Público.

El Juez es imparcial, porque ante él, el Ministerio Público acusa al imputado, presenta las pruebas y con la misma surge la verdad formal, siendo la única fuente de conocimiento para fundamentar la sentencia. Quien controla la investigación es un juez de garantías, a efecto que la conducción del procedimiento no afecte los derechos constitucionales de los imputados.

Es un sistema con igualdad de partes y el imputado tiene a su alcance todos los medios de prueba para poder disponer de un tiempo prudencial que le permita ejercer una adecuada defensa.

Por ello comparto el punto de vista del Autor José Antonio Cancio, quien indica que el sistema acusatorio se ratifica el papel del juez, cuya función únicamente corresponde Juzgar y en consecuencia se exige del Ministerio Público, una investigación objetiva, válida y con estricto respeto del principio de presunción de inocencia. El autor al respecto indica: “En el sistema Acusatorio, se ratifica el papel del Juez como garantista de la realización de la justicia en el proceso penal para exigir al Fiscal un trabajo serio, sostenido, válido, objetivo y sustentado en la búsqueda de la verdad... Corresponde al Ministerio Público probar la culpabilidad, manteniendo incólume el principio de presunción de inocencia y en consecuencia el papel fundamental del Fiscal desde la etapa de investigación es un buscador eficaz de la verdad”.⁴

1.2.1. Características del sistema acusatorio

Caracterizan al sistema Acusatorio:

- Prevalece el principio de contradicción
- el proceso es impulsado por medio de una acusación
- prevalece la libertad de prueba
- Diferencias de funciones realizadas por el Juez y el Ministerio Público
- El Juez no realiza funciones investigativas
- prevalece el principio de oralidad e inmediatez
- Existe reconocimiento del principio de presunción de inocencia y derecho de defensa

En relación a las características del sistema acusatorio indica el autor Antonio José Cancio:

“En el proceso penal acusatorio hay sujetos procesales, no partes, pues se habla de juez, fiscal, acusado, defensor, ofendido y la víctima.

⁴ Cancio, José Antonio. Derecho Penal y Sistema Acusatorio en Iberoamérica. VII Sesión de la Comisión redactado del Código Penal Tipo Iberoamericano. Primera Edición. Universidad de Colombia.

¿CÓMO DETECTAR SESGOS DE GÉNERO?



¿CÓMO DETECTAR SESGOS DE GÉNERO?

Dra. Gloria Edith Ochoa Zetino

El presente artículo surge de la capacidad de análisis y observación que supone una de las cualidades de todo buen científico, junto con la perseverancia y, sobre todo, la curiosidad, del personal de apoyo técnico específicamente de las licenciadas en trabajo social quienes preguntan: ¿cómo detectar sesgos de género?

La respuesta a esta interrogante inicia con la premisa de considerar la diferencia entre hombre-mujer el cual es evidentemente un dato de la realidad que existe entre varones y mujeres. Pero a medida que uno se aleja de la evidencia anatómica para explorar los comportamientos, de uno o de otro sexo, se entra en terreno inexplicable. Es decir, ¿las diferencias que tratamos de describir pertenecen realmente al orden de la naturaleza?, ¿son una función del condicionamiento biológico o, ante todo, un dato de la cultura, en el cual se reflejan los condicionamientos sociales?

Es fácil caer en posiciones apasionadas en este planteamiento. Si insistimos en los aspectos de la diferencia hombre-mujer nos podrían calificar de naturalistas, incluso de “esencialistas” o si nos inclinamos hacia la mujer de feministas. Por el contrario, la tendencia actual apunta más bien a un “constructivismo”, en el que los temas relacionados con la “sexuación” (lo que determina de un sexo u otro) serían representaciones culturales que no necesariamente tienen que ver con la naturaleza en sí y se complica aún más cuando hacemos este planteamiento en el contexto del delito.

Para dar respuesta desapasionada a los casos penales que a diario conocemos con perspectiva de género, nos basamos en la teoría que ha sido nuestro bastión porque nos permite objetivizar el conjunto de

conocimientos y principios sobre el enfoque de género, haciendo conjeturas, es decir, nos guiamos en el planteamiento de un sistema abstracto hipotético-deductivo, que fija una descripción científica en base a la observación del ejercicio de los roles de género que realiza la persona (hombre o mujer) en el contexto del delito, organizando postulados que con aportes doctrinarios los que nos permiten comprender el caso con base científica. En otras palabras, aplicamos al caso concreto la teoría científica que se rige por hipótesis o supuestos que los profesionales de las ciencias sociales, psicológicas, jurídicas y/o médicas que se encargan de verificar, pero que son planteados por defensor titular del caso. En caso de confirmarse los supuestos planteados se declara procedente la estrategia con perspectiva de género, de lo contrario deberá seguirse con el diseño de una estrategia de defensa sin enfoque de género.

En este proceso, que se separa de la noción de naturaleza para apropiarse cada vez más de la cultura, ha emergido la noción del “género” (gender) en primer lugar desde la psicología. Para el psicoanalista norteamericano Robert Stoller el sexo remite a un dominio biológico, mientras que el género es el rol que se ejerce respecto de la masculinidad y a la feminidad, es decir, a la manera con que cada uno se apropia psíquicamente de su sexo. Esta teoría es la que se ha institucionalizado y utilizado en los diversos casos que se analizan con perspectiva de género desde el año 2005.

El diccionario de la Real Academia Española define sesgo como la oblicuidad o torcimiento de una cosa hacia un lado. El concepto también se utiliza en sentido simbólico para mencionar una tendencia o inclinación. Un sesgo cognitivo, es una característica en particular de un sujeto, que incide en el procesamiento de la información y que forma lo que se conoce como prejuicio cognitivo (la clase de distorsión que afecta el modo de percibir la realidad).

Para reconocer los sesgos en caso de la construcción social o de Género, debemos delimitar las categorías sexo/género, el sexo es el rasgo biológico de ser hombre o mujer, y el género es la construcción social de que se deriva de ser sexo biológico del hombre o la mujer.

El profesor Stoller, lo constato en un paciente biológicamente hombre que fue amputado de sus genitales y creado como una mujer sin mayores complicaciones. De este experimento Stoller escribió "Sex and gender" en 1968 donde explicaba que existían áreas de la conducta humana como los pensamientos, los sentimientos y las fantasías, las cuales se relacionan con los sexos biológicos pero son construidas culturalmente. Stoller, en su libro llegó a la conclusión de que género "...es un término que tiene connotaciones psicológicas y culturales más que biológicas; si los términos adecuados para el sexo son varón y hembra, los correspondientes al género son masculino y femenino y estos últimos son independientes.¹

Para Robert Stoller el sistema sexo/género ha construido estereotipos respecto a varones y mujeres. En general, los estereotipos operan asignando ciertas características a quienes integran un determinado grupo social, tomando como base alguna diferencia que dan por relevante y que muchas veces intentan fundamentar como una derivación biológicas del sexo biológico.

El sistema de género, se encuentra manifestado en tres niveles: el estructural, apoyado en la interpretación que se hace de los hechos; el normativo, conformado por los preceptos y reglas que moldean el ser hombre o mujer y el cultural o simbólico, que constituye las concepciones, mentalidades y las representaciones colectivas de lo que socialmente implica la feminidad y la masculinidad. La vida de mujeres y hombres pueden ser expandidas o restringidas. Esta doble dinámica, de opresión para algunas y de privilegio para otros, constituye el centro de análisis para nuestros casos penales. Entonces, el concepto de género institucionalizado se refiere a los roles que las diferentes sociedades y culturas atribuyen a las mujeres y los hombres. De esa cuenta género no es sinónimo de mujer.

La característica sistemática del conocimiento científico se encuentra precisamente en el hecho de que es fundado, ordenado y coherente, y éstas características es lo que lo hace racional, y la racionalidad hace al conocimiento científico que se efectúe no sólo por la acumulación gradual

¹ Stoller, Robert. Sex and gender. Science House, New York: Hogarth Press and Institute of Psychoanalysis: London. 1968 p 36

de resultados, sino también por las manifestaciones a través de las categorías que integran la teoría.

Entendemos por categoría científica no los descubrimientos de nuevos hechos aislados, sino la existencia de axiomas ordenados lógicamente que nos permiten comprobar el planteamiento formulado para visibilizar estas categorías que suelen pasar desapercibidos en los análisis de casos concretos o en las resoluciones judiciales, por ello es preciso que acudamos a las categorías de la teoría de Género en sus diversas manifestaciones y para ello partimos del sexismo, que es el conjunto de prácticas sociales que mantienen en situación de subordinación y explotación a un sexo, valorando positivamente al otro. Por lo general el sexo que sufre el menosprecio sistemático en todos los ámbitos de la vida y las relaciones humanas ha sido el femenino.

Con enfoque psicológico Alda Facio hace referencia que el sexismo es consciente y el machismo inconsciente. De ahí que un machista no sea forzosamente un sexista (algunos dejan de ser machistas cuando conocen lo que es el sexismo), mientras que un sexista puede no tener rasgos aparentes de machismo.²

En las estrategias de defensa con perspectiva de género, hemos estudiado y denunciado las construcciones culturales relacionadas con el género. Pero la teoría de género (gender theory) va mucho más lejos, y replantea profundamente la noción misma de género a través de la categoría del sexismo y sus diversas manifestaciones que contienen la actividad de grupos de individuos (hombres y mujeres) dotados de conciencia que originan un sistema de relaciones y se influyen mutuamente. Dicho de otro modo, son fenómenos que se dan en las relaciones de los hombres y las mujeres en el proceso de poder entre ambos. Difieren de los fenómenos psicológicos porque éstos son procesos que transcurren a lo interno del individuo, y los sociales, en cambio, son productos objetivos de la acción recíproca entre los roles que ejercen los hombres o las mujeres.

² Facio Montejo Alda, Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal, San José, C.R.: ILANUD, 1992 P. 32

Esas manifestaciones de la teoría de género más utilizadas en los casos concretos que hemos trabajado en la Coordinación del enfoque de género son las siguientes:

1) El androcentrismo: es una manifestación generalizada del sexismo. Significa que el hombre varón es el centro a partir del cual se ha desarrollada el pensamiento humano que dan contenido a la historia. A la postre provoca la invisibilidad de la mujer. Esta manifestación del sexismo fue argumentada en la estrategia de defensa en un recurso de impugnación planteado por la Licenciada y maestra en Derechos de las mujeres, género y acceso de justicia Jeidy Maribel Estrada Montoya, al considerar que la mujer fue juzgada y sentenciada por el delito de parricidio a veinticinco años de prisión al haber dado muerte a su esposo en un momento álgido de violencia intrafamiliar, argumentando que influyó el androcentrismo que contiene la sentencia hoy impugnada, en la estrategia se considera que tres hombres jueces la juzgaron desde su perspectiva masculina sin tomar en cuenta e invisibilizar la posición y situación como mujer, y con antecedentes de violencia intrafamiliar, el Estado a través del sistema de justicia se va en contra de esta mujer que nunca accedió a la justicia en sus demanda, el Estado le falló y la llevo a la comisión del delito. Consta en la misma sentencia como el tribunal le dio valor probatorio a las denuncias de violencia intrafamiliar que presento en los años dos mil diez y dos mil doce (página 30 de la sentencia apartado numero 7) antes que sucediera el delito sin embargo las autoridades respectivas no accionaron a favor de de ella, no obstante a las denuncias tal como se indico fueron valoradas. Estamos a la espera de la audiencia y posterior sentencia del tribunal a quo.

Una arista del androcentrismo es la ginopia que se refiere a la imposibilidad de ver lo femenino ejemplo de ello es el caso citado anteriormente.

Otro ángulo de ese androcentrismo es la misoginia que consiste en una exagerada aversión, que puede ser patológica o no, hacia las mujeres. Normalmente, se habla de la misoginia como un sentimiento por parte del

hombre hacia la mujer, pero las mujeres también pueden presentar actitudes misóginas. El comportamiento de los misóginos (hombres necios que acusan a la mujer sin razón) tiene su origen en añejas prácticas culturales en las que discriminación y agresión física o verbal son empleadas por los varones para conservar sus privilegios y posición de liderazgo ante su contraparte femenina. El término misoginia está formado por la raíz griega “miso”, que significa odiar, y “gyne” cuya traducción sería mujer, y se refiere al odio, rechazo, aversión y desprecio de los hombres hacia las mujeres y, en general, hacia todo lo relacionado con lo femenino.

2) La sobregeneralización se refiere a que un estudio, teoría o texto sólo analiza la conducta del sexo masculino pero presenta los resultados, el análisis o el mensaje como válidos para ambos sexos.

Esta categoría la invocamos en el caso de una mujer indígena. Según consta en prevención policial, los investigadores policiales en cumplimiento de la orden de allanamiento, inspección y registro número 1082-2014-5 de fecha 18/01/2014 emanada por la Jueza del Juzgado de Primera Instancia Penal y Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Sacatepéquez, procedieron los investigadores a realizar la inspección y registro del inmueble ubicado en Km 28 Carretera Interamericana, Callejón Chirayaju, San Lucas Sacatepéquez, donde en una de las habitaciones se localizaron armas de fuego, en virtud de lo cual se le sindicó a la fémina de los delitos de comercio tráfico y almacenamiento ilícito, y asociación ilícita.

Dentro de ese contexto nos planteamos la hipótesis que la señora Juana se encontraba en el lugar del supuesto hecho delictivo en situación de desventaja, al no tener la potestad de tomar decisiones dentro de su familia. Al integrar el resultado del informe de psicología con la entrevista carcelaria y la declaración de su conviviente, se confirma la hipótesis, pues existen hallazgos relevantes para la teoría de género, como es la categoría del sexismo en su manifestación de la sobregeneralización, que permite visibilizar que los conocimientos y experiencias son diferentes entre hombres y mujeres, los cuales son producto de una construcción social,

histórica y cultural que suele pasar por inadvertida, en el caso de doña Juana refleja una situación de subordinación familiar cultural, esto quiere decir que al hombre se le da un papel de autoridad familiar, el que provee alimentos para la subsistencia diaria aunque no cumpla, el que decide las circunstancias importantes en la familia, no hacia la mujer que tiene que subordinarse a una normativa impuesta por el hombre; la mujer en la cultura indígena, no está en capacidad de cuestionar sobre la licitud o ilicitud de ciertas conductas manifestadas por el hombre en su entorno familiar. La realidad de la sindicada es que si ella pudo haberse involucrado en un hecho ilícito no fue por voluntad propia sino que de una manera indirecta, o sea que podrían haber estado dentro de su casa, objetos que tuvieran algo que ver o reñir con la justicia y que ella no tuviera oportunidad de negarse a que en su casa fueran ingresados esos objetos. La conducta ilícita de su pareja se generalizó a ella.

Además el sesgo de sobregeneralización, se produjo cuando las autoridades competentes realizan el allanamiento en su casa de habitación y analizan la conducta del sexo masculino de Pablo, Byron Dylor Jean Carlo, José Antonio, Clemente, Rodolfo y se presenta los resultados como válidos para doña Juana, procediendo a su detención, lo cual es ilegítimo de acuerdo a la actuación de los agentes policiales y fiscales, quienes se excedieron en su autoridad inobservando los alcances de la investigación preliminar; no basta que personas desconocidas den noticia de un hecho con apariencia delictuosa, sino que se necesita precisar el descubrimiento de las estructuras y formas de operación más ámbitos de actuación de los grupos de criminalidad organizados, con ello se van individualizando las conductas ilícitas de los asociados y así evitar detenciones injustas cuando la situación y condición de la mujer y hombres es diferente. A la fecha esperamos la sentencia del caso.

En el año dos mil nueve, el Tribunal de sentencia de Cobán absolvió a una señora a quien se le imputaron hechos parecidos, los argumentos de la sentencia fueron "...frente a la afirmación de culpabilidad, la afirmación constitucional prima de inocencia de la acusada, situación que debe reconocer en el caso concreto, al no haber podido el ente

acusador del Estado probar la acción que imputa a la procesada Engracia Chen Sis, ya que de esa manera no es posible realizar un análisis de los restantes elementos positivos del delito, lo que trae como consecuencia que no se puede acreditar la existencia del delito de Almacenamiento Ilícito, imputado en contra de la procesada, lo que trae aparejada que no existe responsabilidad penal de la citada procesada. En tal virtud lo expuesto provoca que el estado de inocencia del cual constitucionalmente goza la acusada Engracia Chen Sis, se mantenga indemne, y la sentencia deberá encaminarse a la absolución de la misma”.³

3) La sobre especificidad que consiste en presentar como específico de un sexo ciertas necesidades, actitudes e intereses que en realidad son de ambos sexos, por ejemplo en el caso de las mujeres que se encuentran en cumplimiento de condena tienen acceso a trabajos que refuerzan su situación de vulnerabilidad: cocina, costura, manualidades, en tanto que los hombres privados de libertad hacen trabajos de carpintería, agricultura etc., o en el caso de la señora Catalina a la que se le imputo el delito de homicidio culposo de sus tres hijos al haberse incendiado su casa en el momento que había salido a comprar la cena. El informe de trabajo social, perfila como una persona honrada trabajadora y de buenas costumbres de condición humilde. Además el informe psicológico, indica que actualmente enfrenta un proceso de duelo, por la pérdida de sus hijos. Se argumenta esta categoría relacionada con el artículo veintidós⁴ del código penal mediante el cual se prevé que a las mujeres siempre se les ha exigido llevar las riendas del cuidado de los hijos, la atención a enfermos, ancianos, al esposo, brindar afecto, desde su condición de madres, esposas, protectoras, sacrificadas, orientadas a los demás a la vez que dejando de ser para sí mismas, es decir, la sobre especificidad es que ella y sólo ella es mujer de hogar, hechos que no escapan en el proceso instruido en contra a la señora Vásquez y que fácticamente tampoco se ajustan para tenerse

³ Tribunal segundo de sentencia penal Narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Alta Verapaz Cobán. 17.4.20009

⁴ Caso fortuito, artículo 22 del código penal

como circunstancias del delito imputado. En la etapa intermedia fue desjudicializado el proceso con un criterio de oportunidad.⁵

4) El doble parámetro por lo general, es una práctica que se condena, en la praxis es muy común su empleo. Los esfuerzos para defender una situación en la que se alegue la existencia de una doble moral terminan negando que esta se esté aplicando, o bien, se intenta acabar con la discusión dando una buena razón para el trato diferente.

Esta forma de tratamiento diferenciador podría catalogarse como una doble moral porque dos grupos sociales son sometidos a criterios morales diferentes. Un ejemplo tradicional en nuestra sociedad es el caso del adulterio cuando este es aceptado para un esposo y negado a una esposa que desee tener un amante.

5) La categoría del dicotomismo sexual consiste en tratar a los sexos como diametralmente opuestos y no con características semejantes. Es una peligrosa forma de sexismo que valora más al sexo masculino, ya que asigna a los hombres atributos que son más valorados en las sociedades patriarcales como la capacidad de abstracción, el conocimiento lógico, la actividad deportiva, entre otras.

6) En el familismo se asume que la familia es un todo y lo que es bueno para el padre es bueno para la familia. En otras palabras esta categoría visualiza a la mujer familia, el hablar de las mujeres y relacionarlas siempre con la familia, como si su papel dentro del núcleo familiar fuera lo que determina su existencia y por ende sus necesidades y la forma en que se la toma en cuenta.

Esta categoría fue utilizada en el caso de una humilde mujer que mediante un allanamiento fue aprehendida por fuerzas de seguridad,

⁵ Proceso penal causa 5-2009 del juzgado de primera instancia penal narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de San Marcos.

sindicada de los delitos de posesión para el consumo y tenencia armas ilícitas, a través de la investigación establecimos que la aprehendida y posteriormente procesada judicialmente era la madre un joven pandillero, que fue utilizada por las fuerzas policiales para que el pandillero se entregara, en sentencia fue absuelta.⁶

7) La insensibilidad de género se ha aplicado en los casos en que las mujeres han sido sentenciadas, por los tribunales. Las causas y las circunstancias de la mujer que delinque tienen un carácter multifactorial, pero se agravan por el rol social que se le atribuye en nuestra cultura. Una vez detenida, la mujer es juzgada sin ninguna sensibilidad sobre su situación y condición por las instituciones de justicia y por los ojos de la sociedad no obstante el impulso que hace el defensor público, mediante las estrategias de defensa con perspectiva de género. Se ha revertido el fallo en segunda instancia mediante un recurso apelación especial que presentó el Licenciado Edgardo Enríquez Cabrera, maestro en Derechos de las Mujeres, Género y Acceso a la Justicia, en el año dos mil doce en el cual fue sentenciada una mujer acusada de haber dado muerte a su esposo, en la sentencia de primer grado se indicó: “Si bien es cierto la tesis de la defensa fue la de argumentar una causa de inculpabilidad a favor de la acusada también lo es que esta teoría no fue convincente para los que juzgamos para poderle eximir de responsabilidad penal que deducirle responsabilidades a la procesada.”⁷

Por todo lo anteriormente analizado, se puede afirmar que el detectar los sesgos de género que no son más que las diversas manifestaciones del sexismo es una tarea larga, lenta, porque la insensibilidad de género tiene sus raíces en las pautas de crianza las cuales se inician en la familia, sigue en la educación formal, se justifica en las iglesias por medio de normas religiosas, se acentúa constantemente en los medios de comunicación social: la radio, los periódicos, la televisión, los anuncios. Es todo un conjunto de situaciones pretendidamente formativas, que logran convencernos de que, para ser felices tenemos que ser de una manera determinada.

⁶ Proceso penal 3563-2005 del Tribunal de sentencia del departamento de Guatemala.

⁷ Tribunal de Sentencia de Escuintla causa penal 05-05005-2009-0588 of. 5

Nos inculcan, por ejemplo, que las mujeres nacimos para darnos, entregarnos constantemente por el bien de los hombres. Muy a menudo escuchamos consejos como los que ponemos a continuación, que son tan desvalorizantes para las mujeres: la niña debe aprender a ser una mujer de hogar. El “varoncito” no puede mostrar miedos ni debilidades. ¡No llore!

Derivado de lo anterior no podemos dejar de mencionar que las consecuencias del sexismo es cultural, asigna roles, define relaciones de poder, asigna espacios y atributos. Por ello la importancia de la perspectiva de Género es el enfoque que permite visibilizar los distintos mecanismos, formas y efectos de la construcción social de los géneros masculino y femenino para hacer visibles las desigualdades entre ellos, así como reconocer que la vida social no es absoluta, ni fija y por lo tanto los mecanismos a través de los cuales se intenciona, conduce o reproduce, son transformables.

Importante es tener en cuenta que en materia penal los efectos del sexismo son;

a) El síndrome de mujer agredida. La Teoría de la Doctora Leonore Walker, psicóloga norteamericana experta en el maltrato a la mujer ideó el Síndrome de Mujer Agredida, definiéndola en su libro *Battered Woman Syndrome* editado en 1984, como el conjunto de pensamientos, sentimientos y acciones que lógicamente siguen de una espantosa experiencia que se espera que se pueda repetir, teoría que desarrollo con más detenimiento en 1992, en su obra *Battered Woman Syndrome and Self Defense* elaborado a través de un estudio de 120 mujeres víctimas de violencia por parte de sus parejas, es una sub categoría del trastorno por stress post traumático

El síndrome de mujer maltratada se basa en dos teorías:

a) La teoría de la indefensión aprendida:

La mujer que ha experimentado la violencia queda incapacitada para controlar su voluntad a través del tiempo desarrollando así su condición de impotencia aprendida.

b) La teoría del ciclo del maltrato:

La victimización prevalece debido al ciclo de la violencia. La prueba que el maltrato no es al azar o constante que más bien ocurre en ciclos repetitivos compuesto por tres fases que podría tener un lapso de algunos meses de duración como lo es la fase de tensión acumulativa, en la cual la víctima intenta calmar a su agresor. La segunda etapa es de maltrato agudo, la tensión acumulada genera un estado de rabia descontrolada con episodios de abuso físico, sexual y/o económico. La última fase es de calma y reconciliación y se caracteriza por ausencia de tensión o violencia.

Las mujeres son incapaces de denunciar a sus agresores, con quienes siguen conviviendo, y mucho menos decididas por abandonar la relación patógena basada en la violencia reiterada, pero no sólo eso, sino que muchas mujeres con historia de agresión por su esposo, compañeros o ex, comparten la reacción paradójica de desarrollar un vínculo afectivo todavía más fuerte con sus agresores, defendiendo sus razones, retirando denuncias policiales cuando han tenido un momento de lucidez y las han presentado, o deteniendo procesos judiciales en marcha al declarar a favor de sus agresores antes de que sean condenados, esto es el Síndrome de Estocolmo.

El psicólogo Nils Bejerot, en su artículo *The six day of war*⁸, sostiene que el Síndrome de Estocolmo es más común en personas que han sido víctimas de algún tipo de abuso, incluso la violencia doméstica, de ahí su aplicación a la violencia doméstica, que generan en la mujer maltratada el desarrollo de un lazo traumático que la une con el agresor a través de conductas de resignación, como lo sostiene Dutton y Painter, el abuso crea y mantiene en la pareja una dinámica de dependencia debido a su efecto asimétrico sobre el equilibrio de poder, siendo el vínculo traumático producido por la alternancia de refuerzos y castigos.

⁸ Bejerot Nills, *The Six day of War* en *Stockholm New Scientist*, volumen 61, número 8 P. 486-487

Pero además la mujer víctima de violencia que se enfrenta al sistema judicial se encuentra con uno de los grandes problemas puestos en evidencia por la teoría de género alrededor de la justicia penal que es el carácter androcéntrico del derecho y los sistemas de justicia como ya lo hemos visto. Al respecto sostiene la criminóloga Elena Larrauri en su artículo Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: Género y Derecho Penal, en el cual sostiene que aún cuando muchas leyes hayan sido reformuladas en forma neutral, “se aplican de acuerdo a una perspectiva masculina y toman como medida de referencia a los hombres (blancos, de clase media). Ello no depende del carácter machista o no de los intérpretes del derecho sino que refleja un problema de mayor alcance: la aplicación ‘objetiva’ del derecho tiende a reproducir la versión social masculina.⁹

Las consecuencias del Síndrome de mujer agredida es que las mujeres sean sexistas porque conscientemente creen que la violencia intrafamiliar es algo normal. Pero por más machista o sexista que sea una mujer supeditada al internalizar esa inferioridad, nunca se benefician, ello quedó comprobado con el caso de Vitolino Chub, según proceso penal 02-09, fue sindicado del delito de parricidio, en el departamento de Petén, porque le dio muerte a su padre, por defender a su mamá de la golpiza que le estaba dando.

A pesar de ser hombre se demostró que hay ocasiones en que ellos también pueden actuar ilícitamente arrastrados por cuestiones de género.

El caso de Vitolino, es un hombre, que las circunstancias culturales lo arrastraron a la acción delictiva, ello permitió elaborar la estrategia de defensa desde la perspectiva de género, que se basó en que desde los tiempos más remotos la violencia ha estado enraizada en las más profundas tradiciones del dominio masculino, sintiéndose incluso como algo asumido dentro del ámbito familiar como la solución interna de conflictos domésticos.

⁹ Larrauri Elena, Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: Género y derecho penal 2009 Madrid Pág. 38

La categoría del “familismo” y el “síndrome de mujer agredida”, cobran importancia, en el caso de la madre de Vitolino, por ejemplo, pues su reacción era de darse por vencida, de no asumir ninguna reacción defensiva, a no responder a las constantes golpizas y maltratos psicológicos, como consecuencia de tener la creencia de que cualquier cosa que haga, ya sea cuando es maltratada o posteriormente, carecerá de toda importancia, el desamparo aprendido también nos explica porque las mujeres no abandonan ese estilo de vida. Las víctimas colaterales son los nueve hijos de la señora Tecla, en donde uno de ellos, el mayor, responde ante la agresión. Se podría decir entonces que sus intereses y por lo tanto, la responsabilidad de cada uno de ellos son inversamente proporcionales a la del otro, es decir, la de la víctima (defender de la agresión) y la del victimario (agredir). Es lícito y obligado valorar las conductas concurrentes de todos los protagonistas del hecho, incluida la propia víctima mujer agredida, desplazando así el tema desde el plano de la culpabilidad al de la causalidad o, si se prefiere, desde el ángulo de la imputación subjetiva al de la imputación objetiva que le es más propio, aunque con la inevitable repercusión de éste en el primero, hasta el punto de que si la actuación del sujeto ahora pasivo de la infracción se estima como causa decisiva y eficiente del resultado y utilizando la teoría victimodogmática como teoría paralela incidente, por ello, habrá de reputarse la conducta del sujeto activo justificada si las conductas del imputado y de la víctima se revelan igualmente favorecedoras del resultado.

Para concretizar, estudiamos minuciosamente el caso concreto, en sus relaciones familiares antes y después del delito, establecimos a través de trabajo social los ciclos de violencia y el desamparo aprehendido de doña Tecla, lo cual se argumentó en el peritaje de género, sólo así se logró realizar un juicio adecuado para la configuración de la estrategia con Enfoque de Género a favor de Vitolino.

El juzgador en este caso resolvió:¹⁰ “A las declaraciones de los peritos LICENCIADO RODOLFO FUENTES AQUECHE Y LICENCIADA MILAGRO LOPEZ AGUILAR, quienes en la audiencia del debate,

¹⁰ Tribunal de sentencia, de San Benito, Peten, causa penal 120-2009 de fecha 18-02.2010

ratificaron los informes emitidos por ellos oportunamente, este Tribunal les confiere valor probatorio, por qué, a pesar de ser ampliamente cuestionados por las partes, fueron convincentes, al afirmar ambos, el estado emotivo en el cual se encontraba el acusado en el momento de la comisión del hecho delictivo, defendiendo la vida de su señora madre, lo cual fue determinante debido a las circunstancias en que sucedió el hecho. Así mismo, lejos de dejar dudas a este Tribunal, con respecto al comportamiento del acusado, en relación al dolo, nos dieron certeza de que el mismo había actuado, como consecuencia de la agresión ilegítima de que había sido objeto su progenitora, cuando el agraviado ingreso en forma violenta y portando un machete a la residencia con el ánimo de eliminar físicamente a la señora Tecla Sub Cacao. Por las razones aquí analizadas se les confiere valor probatorio a las declaraciones de dichos expertos... al resolver, DECLARA: I-) ABSUELVE al procesado VITOLINO CHOC SUB y/o VITOLINO CHOC SUB, del delito de PARRICIDIO, cometido en contra de la vida del señor JOSE CHOC BOTZOC, por falta de prueba y lo considerado; II) Encontrándose guardando prisión dicho sindicado, se ordena su inmediata libertad, debiéndose oficiar para el efecto a donde corresponde...”.

Otras consecuencias del síndrome de mujer agredida son: el encubrimiento de las mujeres para con sus convivientes y/o esposos, la cooperación de la mujeres en psicodependencia para con el hombre, la legítima defensa como causa de justificación y como causa de inculpabilidad, el mido invencible.

Vamos a hacer énfasis en la legítima defensa por ser una causa de justificación de acuerdo a nuestro ordenamiento dogmático penal, es decir que la conducta no es antijurídica cuando fuera necesaria para neutralizar una agresión antijurídica y actual contra el agresor. La legítima defensa se basa en la idea de que el derecho no tiene que ceder ante lo ilícito”. La legítima defensa, en los casos de mujeres que dan a sus esposos o parejas cuando están inmersas en una situación de violencia intrafamiliar, se constituye en un óptimo recurso para la defensa veamos:

El Juzgador al analizar el argumento del Ministerio Público y del análisis del expediente de mérito y el dictamen pericial de género realizado incorporado al expediente por la defensa técnica de la sindicada, se establece que en el presente caso, la sindicada actuó respondiendo al momento tenso y emocional que vivía, ya que el dictamen del psiquiatra forense del Ministerio Público, declaraciones testimoniales de..., se establece que la imputada era víctima de maltrato intrafamiliar por parte de su conviviente, y que por tal motivo el occiso provocó la reacción de dicha sindicada, puesto, que al estar la misma sometida a una agresión ilegítima por parte del señor ésta actuó en legítima defensa de su vida.

Causa de inculpabilidad Miedo Invencible: El terror derivado de situaciones de violencia hacia la mujer no actúa en contra de su agresor para defenderse, sino que incurre en una situación ilícita porque existe un miedo “invencible” de un daño mayor cierto o inminente. Les transcribo el extracto de la sentencia aplicando la eximente de responsabilidad penal por miedo invencible: “La reacción que se dio por parte de la acusada, fue instantánea pues el daño que causaría su conviviente, le provocó miedo que no podía ser vencido de otra manera pues el resultado pudo revertirse en un daño inminente para ella o su hija, por lo que no existió dolo en su actuar, sino una respuesta a lo que se produjo en el seno de su hogar, por lo que debe eximirse de responsabilidad penal, dictándose en consecuencia un fallo absolutorio.

La noción de que la justicia se realiza tratando a todas y todos por igual, está siendo superado por un nuevo paradigma: Necesidad de valorar las diferencias de acuerdo a la teoría de la Valoración de la diferencia como nuevo paradigma, con el objetivo de reivindicar el valor normativo de la igualdad, el jurista italiano Luigi Ferrajol¹¹ en su modelo garantista analiza la relación entre la igualdad como norma y las diferencias y las desigualdades como hechos.

Por un lado, afirma, las diferencias consisten en la diversidad de las identidades personales, cuyos rasgos constitutivos son el sexo, la raza, la

¹¹ Ferrajoly, Lougi, Igualdad y garantías, Afaduum, 2009.

nacionalidad, la lengua, la religión y las opiniones políticas; mientras que las desigualdades, por el otro, consisten en la diversidad de las condiciones económicas y materiales que enfrentan las personas.

Luigi Ferrajoli estima la igualdad como un principio complejo que tiene el doble fin de tutelar y valorar las diferencias como elementos de la identidad de las personas, y de eliminar o cuando menos reducir las desigualdades. Así, la igualdad en los derechos fundamentales no es otra cosa que el igual derecho de todas las personas a la afirmación de la propia identidad, en la que las diferencias están dotadas de igual valor, prescribiendo el igual respeto y el igual tratamiento entre ellas.

En conclusión la elaboración teórica y la realización práctica de las estrategias de defensa multidisciplinaria con perspectiva de género se basan en la igual valoración jurídica de las diferencias, lo que nos ha permitido impactar la administración de justicia guatemalteca, y hemos forjado una construcción del Derecho que tutele y valore la diferencia acercándonos en mayor medida a la anhelada igualdad sustancial.

BIBLIOGRAFÍA

1. Bejerot Nills, The Six day of War en Stockholm New Scientist, volumen 61, número 8
2. Facio Montejo Alda, Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal, San José, C.R.: ILANUD, 1992
3. Ferrajoly, Lougi, Igualdad y garantías, Afaduum, 2009.
4. Larrauri Elena, Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: Genero y derecho penal 2009 Madrid
5. Stoller, Robert. Sex and gender. Science House, New York: Hogarth Press and Institute of Psychoanalysis: London. 1968 p 36

EXPEDIENTES

1. Tribunal segundo de sentencia penal Narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Alta Verapaz Cobán. 17.4.20009
2. Proceso penal causa 5-2009 del juzgado de primera instancia penal narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de San Marcos
3. Proceso penal 3563-2005 del Tribunal de sentencia del departamento de Guatemala.
4. Causa penal 05-05005-2009-0588 of. 5 Tribunal de Sentencia de Escuintla
5. Causa penal 120-2009 de fecha 18-02.2010 Tribunal de sentencia, de San Benito, Peten



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA

Seguridad y Justicia



Instituto de la Defensa Pública Penal
7a. Avenida 10-35, Zona 1
Ciudad Guatemala
Tel. PBX: 2501.5757
www.idpp.gob.gt