



Instituto de Magistrados de
la Corte de Apelaciones

Revista Tribuna *Jurídica*



TOMA DE POSESIÓN
JUNTA DIRECTIVA
2022-2023

Edición 7

Guatemala, 2022



Revista Tribuna *Jurídica*

Bajo la coordinación y redacción de:

- Dra. Claudia Lucrecia Paredes Castañeda
- Msc. Luis Alberto Hernández Arrivillaga

Con la colaboración de:

Kimberly Yuman Ovalle

Con el apoyo de:

- Magistrada Silvia Patricia Váldez Quezada
Presidente del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia
- Secretaría de Comunicación Social y Protocolo del Organismo Judicial

Consejo Editorial:

- Dra. Claudia Lucrecia Paredes Castañeda
- Msc. Luis Alberto Hernández Arrivillaga

Diseño y diagramación:

Perla Sofía Guzmán

CONTENIDO

Junta Directiva	4
Editorial	5
Sección Académica	6
<ul style="list-style-type: none"> • Del Control de Convencionalidad en el Sistema Concentrado y en el Sistema Difuso • Comentarios de la Ley de Extinción de Dominio • Nueva Criminalidad: Delitos Ambientales, Corrupción, Delitos Políticos, Delitos del Funcionario Público, Delitos Corporativos y Delincuencia Organizada. • Origen de la Persecución a la Corrupción • El Delito de Sustracción Agravada, Respecto al Principio de Presunción de Inocencia Establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala • El Notario y la Escritura Electrónica • Asociación Ilícita como Puerta de Entrada al Derecho Penal del Enemigo • Inobservancia del Plazo Constitucional de 24 horas, para la Primera Declaración del Detenido • Las Víctimas dentro del Ciclo de la Violencia Doméstica • Nuevas Desigualdades del Derecho de Acceso a la Justicia en la era Digital • Garantismo Penal • Lawfare o Guerra Jurídica y la Independencia Judicial • La Jurisprudencia emitida con Relación a Delitos de Femicidio y Violencia contra la Mujer y Violencia Sexual • Interés Superior del Niño como una Garantía al Acceso a la Justicia • El Delito de Trata de Personas y el Protocolo de la Inspección General de Trabajo para la Detección y Referencia de Casos de Trata de Personas • Procedimiento Especial de Aceptación de Cargos 	
Cierre y Agradecimiento	78
Actividades	79

JUNTA DIRECTIVA

2022-2023



■ **Dixon Díaz Mendoza**
Presidente

■ **Jorge Alberto González Barrios**
Primer Vicepresidente

■ **Leonel Rodrigo Saenz Bojorquez**
Segundo Vicepresidente

■ **Elvia Ester Velásquez Sagastume**
Secretario

■ **Manfredo Alberto López Fuentes**
Pro-Secretario

■ **Wilfrido Porras Escobar**
Tesorero

■ **Edwin Alberto Mis Ávila**
Pro-Tesorero

■ **Jenny Noemy Alvarado Tení**
Vocal Primero

■ **Julio Alfonso Agustín Del Valle**
Vocal Segundo

■ **Claudia Lucrecia Paredes Castañeda**
Vocal Tercero

■ **Luis Alberto Hernández Arrivillaga**
Vocal Cuarto

EDITORIAL

Magistrado

Dixon Díaz Mendoza

Presidente de la Junta Directiva 2022 - 2023
del Instituto de Magistrados de la Corte de
Apelaciones del Organismo Judicial



Estimadas y Estimados, compañeras y compañeros Magistradas y Magistrados de Corte de Apelaciones y Tribunales de Igual Categoría: Primeramente, quiero agradecer a Dios Padre y a la Santísima Madre, por las bendiciones que conceden en mi vida y por el gran honor que nos han brindado a la Junta Directiva y a mí persona, para que los represente como Presidente del Instituto de Magistrados de la Corte de Apelaciones del Organismo Judicial y Otros Tribunales de Igual Categoría.

Agradecemos la confianza conferida, para que durante un año estemos a cargo de la dirección del Instituto y nos sentimos motivados y reafirmamos el compromiso de trabajar, con esmero y dedicación para los fines y objetivos del instituto, como velar, fortalecer y exigir la plena independencia judicial. El desarrollo integral técnico y científico a través de capacitaciones, las cuales se desarrollen sobre temas de interés y actualidad, análisis de leyes de diversas ramas, que nos mantengan actualizados en las nuevas tendencias, concepciones, principios y técnicas jurídicas, que permitan coadyuvar con el trabajo que realizamos.

Continuaremos desarrollando el trabajo de la revista del Instituto, para que puedan seguir haciendo, las publicaciones de sus ensayos e investigaciones.

Nuestro compromiso, que exista comunicación de colaboración con la Corte Suprema de Justicia, para hacer llegar nuestro aporte, en asuntos relacionados con la mejora en la Administración de Justicia, así como toda aquella que favorezca la dignificación y mejora de los integrantes del Instituto.

Creo con todo mi corazón que el buen trabajo en equipo da frutos y es mi deseo al igual que el de cada uno de los integrantes de la Junta Directiva, poder contribuir con la unidad de los que integramos el Instituto de Magistrados y por supuesto desarrollar las gestiones y actividades que la Asamblea General establezca.

***Un abrazo fraternal a
cada uno, MUCHAS
GRACIAS.***



**SECCIÓN
ACADÉMICA**

DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA CONCENTRADO Y EN EL SISTEMA DIFUSO

Magistrado

NICOLÁS CUXIL GÜITZ

Sala Mixta de la Corte de Apelaciones, Izabal



I) INTRODUCCIÓN

EN EL PRESENTE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN, PARA ABORDAR LA TEMÁTICA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, HAY QUE ABORDAR TAMBIÉN LA TEMÁTICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DEL CONTROL DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD. En tal sentido, el control de convencionalidad, se ha convertido en un instrumento ampliamente conocido, citado y discutido en el ámbito académico, judicial latinoamericano y en todo el mundo. El éxito de lo que algunos califican con entusiasmo con la DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, se puede medir casi de manera proporcional con el número cada vez más importante de conferencias, congresos, artículos, libros y sentencias judiciales, tanto internos como internacionales, que giran en torno a esa temática. Hay que decir sin embargo, que luego de varios años de existencia, el control de convencionalidad latinoamericano sigue siendo una doctrina en construcción que no ha dejado de provocar ciertos problemas de implementación y serias confusiones de tipo conceptual. La Corte Interamericana de Derechos Humanos anuncia por primera vez y en términos ambiguos, una especie de control de convencionalidad en la sentencia que emitió en el año 2006, desde entonces, el Tribunal ha perfeccionado la formulación del referido control, aunque poco conciente, hasta afirmar que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención, tienen la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad. El amplio alcance asignado por la Corte Interamericana al control de convencionalidad explica el grado de importancia capital que el instrumento ha alcanzado en el continente; sin embargo, la marca de origen impuesto por su creación junto con las consecutivas reformulaciones efectuadas, se ha convertido paradójicamente en la mayor dificultad para comprender el alcance del control interamericano de convencionalidad. La doctrina y la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana han diferenciado dos niveles de control de convencionalidad: **A)** En primer lugar, un CONTROL CONCENTRADO DE CONVENCIONALIDAD, que estará a cargo de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, como órgano controlador, quien es competente para conocer

de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo el parámetro principal de control. **B)** En segundo lugar, el CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD, que tiene lugar en el ámbito interno de cada Estado Parte a la Convención Americana de Derechos Humanos; este mecanismo ha sido definido por la doctrina COMO EL ACTO DE CONTROL QUE EFECTÚA EL JUEZ NACIONAL EN CUANTO A LA CONFORMIDAD DE LA NORMA INTERNA RESPECTO DE LA NORMA INTERNACIONAL, en el caso de Guatemala, lo ejercen los Jueces y Magistrados. Un planteamiento teórico de la noción nos permite identificar los elementos conceptuales necesarios a un sujeto como órgano controlador, un parámetro de control de convencionalidad, un objeto de control y una norma jurídica de habilitación.

II) DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La constitucionalidad de un ordenamiento jurídico equivale a la integridad y honorabilidad de una persona. En ambos debe haber congruencia en los principios y valores, en lo que se dice y se hace. La congruencia del orden jurídico se basa en que debe prevalecer el principio de supremacía constitucional en la legislación nacional, que en nuestro caso involucra a la legislación. La supremacía constitucional igual se debe tomar en cuenta en la emisión de las leyes por el Poder Legislativo y cuando el Poder Ejecutivo aplica las normas al caso concreto. Sin embargo, el control de la constitucionalidad en nuestro caso, es como función concentrada, la Corte de Constitucionalidad; no obstante, también le corresponde la competencia del control de constitucionalidad, los Juzgados de Primera Instancia, las Salas de la Corte de Apelaciones y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. (1 Artículos 11, 12, 13 y 14 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad). Se transforman a las garantías individuales en derechos humanos y se establece la obligación para todos los

jueces, magistrados y entidades administrativos de tomar en cuenta por encima de la legislación nacional, pero no sobre la Constitución Política de la República de Guatemala, lo que estipulan los tratados internacionales en esta materia, de acuerdo a principios específicos de interpretación. Se establece además por parte de la Corte la obligación de aplicar este control convencional ex officio, al mismo tiempo de dejar de aplicar aquellas normas que se consideran inconstitucionales. Esto quiere decir que el control difuso de la constitucionalidad adquiere otra dimensión, al extenderse esta obligación a todos los juzgadores, cuestión que antes sólo era materia del Poder Constitucional en otros países, cuando surgió el control de constitucionalidad. Cabe señalar que la *supremacía constitucional* (² Artículos 175 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala) prevalece, pues la Constitución se sigue conservando en primer lugar por la supremacía.

El control de constitucionalidad de las leyes a cargo de los jueces es una elaboración del derecho constitucional norteamericano, de hacer efectivo la supremacía de la Constitución mediante la revisión de las leyes y de los actos de gobierno, con el objeto de mantenerlos en el marco de sus competencias y de invalidarlos cuando exceden las limitaciones que les ha impuesto el poder constituyente. La teoría y la práctica de la revisión judicial han puesto en manos de los jueces la potestad de considerar las leyes como contrarias a la Constitución y de negarles aplicación en el caso sometido a su conocimiento en el cual se decide la inconstitucionalidad. El principio de la supremacía de la Constitución sobre cualquier ley o tratado, ha sido reconocido desde el siglo pasado, aun cuando curiosamente no aparece en el texto constitucional, es relevante la importancia que le concede a la Ley Fundamental. La Asamblea Legislativa del Estado de Guatemala al promulgar en febrero de 1838 un Decreto de cuatro artículos. En el primero indica que: Ninguna ley evidentemente contraria a la Constitución puede ni debe subsistir; el segundo establece: Cuando se presente alguna ley notoriamente contraria a la Constitución, los tribunales deberán arreglarse en sus juicios al sentido claro de la fundamental, informando en seguida al cuerpo legislativo; el tercero indica: Cuando se presentaren casos dudosos los tribunales y cualquier ciudadano puede pedir a la Asamblea la declaración correspondiente, sin perjuicio de que dichos tribunales resuelvan desde luego, según entiendan de justicia y por su propia convicción y el cuarto indica: La declaratoria que haga el cuerpo legislativo, solamente podrá aplicarse a los casos posteriores al que motivó la duda y sin que pueda tener jamás efecto retroactivo. Asimismo, la Asamblea Nacional Constituyente del Estado de Guatemala emitió el 5 de diciembre de 1839 el decreto 76 (³ Decreto 76 de la Asamblea Nacional Constituyente del Estado de Guatemala, del 5 de diciembre de 1839) que contiene la "*Declaración de los Derechos del Estado y sus Habitantes*", conocido como Ley de Garantías. Se ha documentado que con una redacción pulcra y bien logrado, sin la sequedad de otros textos posteriores, establece principalmente una normatividad sobre las condiciones del ciudadano. Sin embargo,

con las reformas constitucionales de marzo de 1921, introducidas a la Constitución de 1879, cuando Barrios convocó a la segunda Asamblea Constitucional que se debería instalar el 15 de marzo de 1879 (⁴ Asamblea Constitucional del 15 de marzo de 1879). En el referido cuerpo participaron algunos elementos conservadores a título de amistad personal con Barrios; cuando se establece en el artículo 93 literal c): Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde al poder judicial declarar la inaplicación de cualquier ley o disposición de los otros poderes, cuando fuere contraria a los preceptos contenidos en la Constitución de la República; pero de esta facultad sólo podrán hacer uso de las sentencias que pronuncie; por lo que a partir de entonces, empieza a tomar carta de naturaleza el sistema difuso de control constitucional de las leyes. En las posteriores reformas constitucionales, la doctrina de la supremacía de las disposiciones fundamentales se regula con más claridad; así en la de diciembre de 1927, en el artículo 54 numeral 1º. se estableció que: Ninguna Ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. En el artículo 85 regula la Potestad de Juzgar, que prescribió: El Poder Judicial se ejerce por los Jueces y Tribunales de la República, a ello compete exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia declarar, al dictar sentencia, que una ley, cualquiera que sea su forma, no es aplicable por ser contraria a la Constitución. También corresponde a los Tribunales de Segunda Instancia y a los Jueces Letrados que conozcan en la Primera, declarar la inaplicación de cualquier ley o disposición de los otros Poderes, cuando fueren contrarias a los preceptos contenidos en la Constitución de la República. La inaplicación indicada sólo la podrán declarar los tribunales referidos, en concreto y en las resoluciones que dicten. La Constitución de 1945, en su artículo 170 establece (⁵ Constitución de la República de Guatemala de 1945): Corresponde a los Tribunales juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado y aplicar las leyes en todo aquello que las mismas hagan de su conocimiento. Los de jurisdicción ordinaria y el de lo Contencioso administrativo, podrán declarar en caso concretos y por sentencia de primera, segundo y casación, la inaplicación de cualquier ley o disposición de los organismos que ejerzan las demás funciones del poder público, cuando sean contrarias a la Constitución. Si se declare la inconstitucionalidad, la resolución será transcrita al Congreso o a los Ministros correspondientes y publicada en el Diario Oficial. Con la Constitución de 1965 (⁶ Constitución de la República de Guatemala de 1965) se innova la Justicia Constitucional guatemalteca, al establecer un sistema mixto, se mantiene la tradición del control difuso para la declaratoria de inconstitucionalidad en casos concretos e introduce la declaratoria de inconstitucionalidad con efectos generales y derogatorio de la ley (sistema de control concentrado), recogiendo la recomendación contenida en la conclusión V Jornada Latinoamericana de Derecho Procesal, de establecer la declaratoria general de inconstitucionalidad combinada con la desapplicación en el caso concreto. Se reserva el principio de supremacía constitucional y el control de oficio. En el artículo 77 aparece la regla general

al prescribir: Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que regulen el ejercicio de los derechos que la Constitución garantiza, si los disminuyen, restringen o tergiversan. La confirman los artículos 172: Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure. El 246 estatuye: Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la constitución prevalece sobre cualquier ley y tratado internacional.

La Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, la que cobró vigencia el 14 de enero de 1986, (7 Constitución Política de la República de Guatemala de 1985) modificó en gran parte la regulación de la Justicia Constitucional del país, al normar con más claridad y amplitud los medios técnico-jurídico de protección de las disposiciones constitucionales que son ya de abolengo dentro del ordenamiento jurídico y a la par del control constitucional de las leyes, constituyen con la Exhibición Personal y el Amparo, la tríada de instrumentos al servicio del justiciable para la defensa de sus derechos, desarrollados en el Decreto número 1-1986 de la Asamblea Nacional Constituyente que contiene la Ley de amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, (8 Decreto número 1-1986 de la Asamblea Nacional Constituyente que contiene la Ley de amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad) en la cual, se han facilitado y flexibilizado estos mecanismos para permitir su utilización racional por cualquier persona, evitando con ello que únicamente se les vea como expresiones retóricas. La jerarquía constitucional consiste en que la ley fundamental mantiene el principio de primacía de la norma constitucional, en la misma forma que reguló la Constitución de 1965, así la nulidad ipso jure o de pleno derecho aparece en los artículos 44 tercer párrafo, 175 y 204 de la Constitución de 1965; la obligación de los tribunales de observar este principio, en toda resolución o sentencia que dicten, el cual prevalece sobre cualquier ley o tratado, lo recoge el artículo 246 de la Constitución de 1965. Salvo en asuntos de derechos humanos, para los cuales por vez primera el constituyente da un gran avance en esta materia, al disponer la preeminencia del Derecho Internacional sobre el interno, cuando estipula en el artículo 46: Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenios aceptados y ratificados por Guatemala, tiene preeminencia sobre el derecho interno. Como una verdadera innovación que ha creado discusión y criterios encontrados, pues para muchos no pueden existir leyes (Sean Tratados o convenciones) superiores a la Constitución, (9 Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala, vigente del 14 de Enero de 1985) desconociendo en este sentido la labor de la doctrina constitucional para establecer a nivel internacional un medio de control y freno para los gobiernos con el fin de que en cada uno de los países se tenga en cuenta a sus asociados como verdaderos seres humanos. LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD. Se ha hecho la distinción del Estado Legal de Derecho y reconocido a Estado Constitucional de Derecho que garantiza al ciudadano a defender la Carta Fundamental,

por lo que se expresa: Fundado el Estado guatemalteco en el estado constitucional de Derecho, corresponde a esta Corte, ante la instancia popular promovida, la facultad o más precisamente, la obligación de interponer la Constitución, dilucidando si la ley enjuicada está o no conforme a con el texto de la Ley Fundamental. También el Tribunal Constitucional en relación a la función que ha sido asignada, ha reconocido sin limitar su ejercicio, esta acción popular, al apuntar: Esta Corte constituye un Tribunal permanente de Jurisdicción Privativa cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. Establece la constitución Política de la República de Guatemala y desarrolla la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la acción popular de inconstitucionalidad, (10 Artículos 116, 117, 118 y 119 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad) estatuyendo que tiene legitimidad para plantear la inconstitucionalidad de las leyes, cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos. La existencia de una Constitución Política rígida y codificada en nuestro país así como el influjo del Derecho Procesal Constitucional y la necesidad de tutelar los derechos fundamentales frente a los órganos estatales, han sido propicios para instruir un órgano jurisdiccional específico y permanente para el control y defensa del orden constitucional.

III) DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Uno de los controles de Convencionalidad lo constituye la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, firmada el 22 de noviembre de 1969, Ratificada por Guatemala el 27 de abril de 1978, que ratifica la Competencia contenciosa de la Corte Interamericana y de la Comisión en 1987 (11 Convención Americana Sobre Derechos Humanos). Mediante una serie de decisiones emitidas a partir de 1971, el Consejo Constitucional francés estableció que control de constitucionalidad normativa debía efectuarse, no sólo a la luz de la Constitución vigente en 1958, sino del preámbulo de la anterior de 1946, de los Principios Fundamentales Reconocidos en las leyes de la República y de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en el año 1789 (12 Convenio Sobre la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano); por remisión del preámbulo de la primera mencionada. El Control de Convencionalidad se relaciona con el Bloque de Constitucionalidad y la doctrina denominaría a esa suma de elementos normativos como **BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD**, quedando asentada así la connotación primigenia de esa expresión cotejarse las disposiciones que se someten al control de constitucionalidad. El Bloque de Constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que sin aparecer normalmente en el articulado del texto constitucional, se utilizan como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son verdaderos principios y reglas de valor constitucional,

son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversa al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.

En Guatemala después de haber sostenido durante toda la historia jurisprudencial la tesis que la Constitución Política de la República de Guatemala, constituía el único parámetro para evaluar la constitucionalidad de las disposiciones normativas internas, en 2012 la Corte de Constitucionalidad decidió acoger expresamente la idea del bloque de constitucionalidad, reconociendo a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos como parte integrante de aquel parámetro. La Corte de Constitucionalidad ha respaldado la realización del aludido control con ocasión de pronunciamientos que versan sobre planteamientos de amparo, enfatizando el deber que compete a todos los Tribunales de la República al respecto, cuando conocen y resuelven los casos sometidos a su conocimiento. Para dar respuesta a la problemática acerca de la recepción en el orden interno de los tratados en materia de Derechos Humanos, otros ordenamientos han acudido a la figura del bloque de constitucionalidad (¹³ Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala). Ello implica realizar el análisis confrontativo que requieren acciones de inconstitucionalidad, por el que se posibilite verificar si en el ejercicio de la función legislativa, existe conformidad. No sólo conforme a normas de la Constitución Política de la República de Guatemala, sino también con los estándares internacionales en materia de derechos humanos cuestión que ha sido consentida por la doctrina y la jurisprudencia constitucional extranjera, institución que ha permitido realizar la integración de la Constitución material conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales, tanto las contenidas expresamente en el Texto Fundamental como las existentes fuera de éste, pero desarrollan o complementan el catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Constitución formal. Su función esencial es la de valerse como herramienta de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos. El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir, que determina que los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos que componen aquél son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno. Se debe realizar además un adecuado control de convencionalidad de aquella disposición, se debe determinar si aquella regulación guarda coherencia con el respeto al derecho internacional de los Derechos Humanos. Esta labor de control ya fue realizada por la Corte de Constitucionalidad, solo que respecto de una resolución judicial. Se afirma que al realizar la labor de control de normativa jurídica de derecho interno guatemalteco, se deben tener en cuenta instrumentos internacionales que tienen relación con la normativa interna y la exégesis que respecto de éstos ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

IV) DEL CONTROL DE BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El Control de Convencionalidad se relaciona con el BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD y la doctrina denominaría a esa suma de elementos normativos como BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, quedando asentada así la connotación originaria de esa expresión, cotejar las disposiciones que se someten al control de constitucionalidad. El Bloque de Constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que sin aparecer normalmente en el articulado del texto constitucional, se utilizan como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto normativamente integra la Constitución Política de la República de Guatemala, por diversas vías y por mandatos de la referida Constitución (¹⁴ Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala); son verdaderos principios y reglas de valor constitucional, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversa al de las normas del articulado constitucional stricto sensu. En Guatemala después de haber sostenido durante toda la historia jurisprudencial la tesis que la Constitución Política de la República de Guatemala, constituía el único parámetro para evaluar la constitucionalidad de las disposiciones normativas internas, en 2012 la Corte de Constitucionalidad decidió escoger expresamente la idea del bloque de constitucionalidad, reconociendo a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos como parte integrante de aquel parámetro. La Corte de Constitucionalidad ha respaldado la realización del aludido control con ocasión de pronunciamientos que versan sobre planteamientos de amparo, enfatizando ver que compete a todos los Tribunales de la República al respecto, cuando conocen y resuelven los casos sometidos a su conocimiento; para dar respuesta a la problemática acerca de la recepción en el orden interno de los tratados en materia de Derechos Humanos (¹⁵ La Convención Americana Sobre Derechos Humanos), otros ordenamientos han acudido a la figura del BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD; que implica realizar análisis confrontativo que requieren acciones de inconstitucionalidad, por el que se posibilite verificar si en el ejercicio de la función legislativa existe conformidad. No sólo conforme a normas de la Constitución Política de la República de Guatemala, sino también con los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos, cuestión que ha sido consentida por la doctrina y la jurisprudencia constitucional extranjera, institución que ha permitido realizar la integración de la Constitución material conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales, tanto las contenidas expresamente en el Texto Fundamental como las existentes fuera de éste, pero desarrollan o complementan el catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Constitución formal. Su función es la de valer como herramienta de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del

Estado y al mismo tiempo, servir de complemento para garantía de Derechos Humanos, el alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir, que determina que los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos que componen aquél son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno. Se debe realizar además, un adecuado control de convencionalidad de aquella disposición, se debe determinar si aquella regulación guarda coherencia con el respeto al derecho internacional de los Derechos Humanos, esta labor de control ya fue realizada por la Corte de Constitucionalidad, solo que respecto de una resolución judicial; se afirma que al realizar la labor de control de normativa jurídica de derecho interno guatemalteco, se deben tener en cuenta instrumentos internacionales que tienen relación con la normativa interna y la exégesis que respecto de éstos ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esta manera y por otra parte, mediante una serie de decisiones emitidas a partir de 1971, el CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCÉS estableció que el control de constitucionalidad normativa debía efectuar, no sólo a la luz de la Constitución normativa se debía efectuar, no sólo a la luz de la Constitución vigente en 1958, sino del preámbulo de la anterior de 1946, los PRINCIPIOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS EN LAS LEYES DE LA REPÚBLICA y de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (¹⁶ Convenio Sobre la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789); por remisión del preámbulo de la primera de las mencionadas. La doctrina denominaría a esa suma de elementos normativos como BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, quedando asentada así la connotación primigenia de esa expresión para designar al conjunto de normas y principios superiores son los que deben cotejarse las disposiciones que se someten al control de constitucionalidad, el BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD está compuesto por aquellas normas y principios que sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, se utilizan como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Si bien es cierto que la Corte de Constitucionalidad ha venido apoyándose en lo preceptuado en tratados internacionales alusivos a Derechos Humanos como soporte normativo para fundar sus sentencias, son relativamente recientes su referencia y recepción explícitas de la doctrina del Control de Convencionalidad sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; se debe realizar además, un adecuado control de convencionalidad de aquella disposición, se debe determinar si aquella regulación guarda coherencia con el respeto al derecho internacional de los Derechos Humanos; esta labor de control ya fue realizada por la Corte de Constitucionalidad mediante la sentencia de fecha 23 de agosto de 2011, en el expediente identificado con el número 2151-2011 y en congruencia con ella, se afirma que al realizar esta labor de control de normativa jurídica de derecho interno guatemalteco, se debe tener en cuenta instrumentos

internacionales que se relacionan con la normativa. La Corte de Constitucionalidad parte que la realización del control de convencionalidad entre normas de derecho interno y las de un instrumento normativo internacional, es un control que se debe realizar ex officio todo juez dentro de sus respectivas competencias y de acuerdo con las regulaciones procesales correspondientes, la viabilidad de realización de este tipo de control ya ha sido determinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios de sus fallos.

V) DEL ORIGEN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

La noción apareció en EL DERECHO FRANCÉS hace una varios años, pero ha conocido una evolución muy rápida; a diferencia de lo que sucede en ESPAÑA, la noción de Bloque de Constitucionalidad no es una noción jurisprudencial, pues el consejo Constitucional no la utiliza en sus decisiones; se refiere, generalmente a los PRINCIPIOS Y REGLAS DE VALOR CONSTITUCIONAL, para designar el conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley. La noción se utiliza de forma regular en la doctrina, a partir del estudio que dedicamos al PRINCIPIO DE CONSTITUCIONALIDAD, en el que se emplea esta expresión para explicar las consecuencias resultantes de la decisión fundadora del 16 de julio de 1971, relativo a la libertad de asociación, si la expresión PRINCIPIO DE CONSTITUCIONALIDAD se encontraba ya desde 1928 en la tesis de CHARLES EISENMANN, en cambio, la de BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD no figuraba en ella; sin embargo, en derecho administrativo se hacía referencia habitualmente AL BLOQUE DE LEGALIDAD, que encontramos en MAURICE HAURIUO bajo la denominación de BLOQUE LEGAL. Este permitía designar por encima de las leyes, a todas las reglas que se imponen a la administración en virtud del principio de legalidad y no eran de la misma naturaleza que aquéllas, ya que un cierto número tenían un origen jurisprudencial, a partir de esta noción de BLOQUE DE LEGALIDAD ha nacido y se ha desarrollado la de BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, sin duda porque parece adecuado para designar al conjunto de los PRINCIPIOS Y REGLAS CONSTITUCIONALES, tenía otra razón menos evidente pero de igual importancia, la idea de BLOQUE evoca las de solidez y unidad; a veces se define un bloque como un CONJUNTO QUE NO PUEDE SER DIVIDIDO y este significado revelará su importancia. La expresión se ha utilizado corrientemente en la doctrina como se comprueba consultando diversas obras, manuales y estudios y si como subraya el decano Vedel, Francois Luchaire (¹⁷ Decano Vedel, Francois Luchaire) prefería emplear la de BLOQUE DE SUPRALEGALIDAD; podemos entonces considerar que la noción ha sido aceptado por la doctrina, aunque no por la jurisprudencia, no obstante, se ha producido una evolución. No se puede comprender el significado actual de la expresión sin tener presente la evolución habida en el curso de los últimos años, la política jurisprudencial del Consejo Constitucional

ha cambiado desde finales de los años setenta; en las primeras decisiones adoptadas a instancia parlamentaria, el Consejo Constitucional se ha reconocido una libertad bastante grande en la aplicación de las normas de referencia, así ha utilizado ampliamente la noción de PRINCIPIOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS POR LAS LEYES DE LA REPÚBLICA en sus decisiones del 2 de diciembre de 1976, derecho de defensa, 12 de enero de 1977 libertad individual, 23 de noviembre de 1977 libertad de enseñanza y libertad de conciencia (¹⁸ PRINCIPIOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS POR LAS LEYES en sus decisiones del 2 de diciembre de 1976, derecho de defensa 12 de enero de 1977, libertad individual 23 de noviembre de 1977, libertad de enseñanza y libertad de conciencia). Hasta tal punto que hemos podido calificar como PRINCIPIOS PARA HACER TODO que constituye de ahora en adelante un medio útil para designar todo lo que tiene valor constitucional sin estar verdaderamente inscrito en la Declaración de derechos y en el Preámbulo de 1946 o para realizar la síntesis de disposiciones repetitivas o complementarias. La mayor garantía de la estabilidad, si no de la perennidad de la jurisprudencia constitucional radica en que el Consejo Constitucional ha puesto celosamente en guardia contra el peligro del GOBIERNO DE JUECES, no se considera dueño de las fuentes del derecho constitucional; es casi imposible citar una motivación de cualquiera de sus decisiones que no se refiera con precisión a un texto de valor constitucional. El juez constitucional francés debe apoyarse en las disposiciones contenidas en los textos constitucionales; se puede comprobar efectivamente estudiando la jurisprudencia que a partir de 1980, hay una restricción de las categorías de normas de referencia, así en 1989 EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD STRICTO SENSU se compone exclusivamente de textos de nivel constitucional y la propia constitución.

V.I) CONTENIDO DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El contenido ha variado desde su origen, de tal forma que sólo se pueden considerar cuatro categorías de normas como partes integrantes de él en el año 1989, mientras en 1974 o a inicios de los años ochenta, se pueden enumerar varias; se puede decir que las normas que integran el bloque de constitucionalidad en 1989 como elementos esenciales: **A)** la Constitución de 1958, según una estadística publicada en un estudio, desde 1959 a 1987 las disposiciones de la Constitución de 1958 representan más de la mitad de las disposiciones invocadas, en apoyo de recursos ante el Consejo Constitucional y su violación es el origen del 60 por 100 de las decisiones de anulación; estas disposiciones se refieren sobre todo, a los poderes públicos a su posición y atribuciones, así como a las relaciones entre ellos, también hay muchas que afectan a los derechos y libertades fundamentales, libertad de conciencia, no discriminación por razón de origen, raza o religión, derechos cívicos,

partidos políticos, independencia de la magistratura, libertad individual y protección por la autoridad judicial. **B)** De la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, directamente aplicable a partir de la decisión de 16 de julio de 1971, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano suministra, por primera vez, la norma de referencia para el control de una ley en una decisión de 27 de diciembre de 1973, habiendo invocado el Presidente del Senado el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre en contra de una disposición de la ley de finanzas para 1974, el Consejo Constitucional (¹⁹ Constitución y Leyes de Francia) estimó que se había producido una violación de esta prescripción de la Declaración e invalidó la disposición legislativa. El lugar ocupado por la Declaración en el seno del bloque de constitucionalidad es tan importante al menos como el de sus otros componentes, contrariamente a lo que se podría sostener antes de 1981 a 1982, el Consejo Constitucional en su decisión de principio de 16 de enero de 1982 ha confirmado que, a pesar de su edad, la Declaración de Derecho del Hombre tiene una fuerza igual a la del Preámbulo de 1946. **C)** El Preámbulo de 1946 consideradas parte integrante de las normas constitucionales y por ello, del derecho positivo por la decisión de 16 de julio de 1971, las disposiciones del Preámbulo de la Constitución de 1946 fueron aplicadas por primera vez por el Consejo Constitucional en su decisión del 15 de enero de 1975, desde entonces entre 1975 y 1989 se cuenta una treintena de decisiones que se sirven de las disposiciones del Preámbulo de 1946 en unos cuarenta casos y se han pronunciado dos anulaciones por su violación; como ha sido aplicado por el Consejo Constitucional, es una declaración de Derechos Económicos y Sociales que completa la declaración de derechos de la primera generación de 1789, en este texto designa los principios que enumera con título de PRINCIPIOS POLÍTICOS, ECONÓMICOS Y SOCIALES, particularmente necesarios en los tiempos. C) el Preámbulo de la Constitución de 1946.

VI) DEL SISTEMA DE CONTROL CONCENTRADO DE CONVENCIONALIDAD

Este sistema DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD CONCENTRADO está a cargo por excelencia, DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (²⁰ Revista II de Derechos Humanos), en su calidad de órgano controlador, quien es competente para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, como parámetro principal de control. En este marco, el objeto de control en el comportamiento por acción o por omisión, de un Estado parte que haya reconocido la competencia contencioso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Convención

Americana de Derechos Humanos en su artículo 62.3 establece como norma jurídica de habilitación. El referido control de convencionalidad se justifica además en los principios del derecho internacional general de buena fe y PACTA SUNT SERVANDA, contenido en el artículo 26, así como en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, según el cual UNA PARTE NO PODRÁ IVOCAR LAS DIPSOSICIONES DE SU DERECHO INTERNO COMO JUSTIFICACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DE UN TRATADO. Es necesario aclarar que el control concentrado de convencionalidad no se plantea con la finalidad de resolver conflictos normativos que pueda existir entre normas de derecho interno y normas de derecho internacional; el efecto, las normas de derecho interno, sin importar su jerarquía, constitucional, legislativa o reglamentaria, se analizan en sede internacional como simples hechos aribuidos al Estado. Por esa razón, la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede declarar la incompatibilidad de cualquier norma jurídica interno, incluso de disposiciones constitucionales, siempre que se constata un incumplimiento de los estándares convencionales, por esa misma razón, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no tiene facultad para invalidar o declarar la anulación o la expulsión del ordenamiento jurídico interno de una norma declarado inconvencional.

VII) DEL SISTEMA DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO

El sistema de control DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD tiene lugar en el ámbito interno de cada Estado Parte a la Convención Americana de Derechos Humanos, este mecanismo ha sido definido por la doctrina COMO EL ACTO DE CONTROL QUE EFECTUA EL JUEZ NACIONAL EN CUANTO A LA CONFORMIDAD DE LA NORMA AINTERNA RESPECTO DE LA NORMA INTERNACIONAL. Un planteamiento teórico de la noción permite identificar cinco elementos conceptuales necesarios a todo control de convencionalidad: **1)** Un verbo acción, controlar; **2)** Un sujeto, el órgano controlador; **3)** Un parámetro de control, la convencionalidad; **4)** Un objeto de control y **5)** Una norma jurídica de habilitación. En la práctica, los elementos citados no son fáciles de encontrar en ciertos ordenamientos jurídicos nacionales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha inentado precisarlos, pero de manera poco y bastante deficiente; el aspecto en apariencia menos problemático es el parámetro de control, el cual se encuentra definido explícitamente en la misma denominación del instrumento de convencionalidad, sin embargo, hay que anotar que según la jurisprudencia supranacional, se debe tener en consideración no solamente el tratado, sino también, la interpretación que del mismo hace la Corte Interamericana Sobre Derechos Humanos y adicionalmente, la referida Corte ha extendido el parámetro de convencionalidad a otros tratados de derechos humanos ratificados por el Estado ⁽²¹⁾ Corte Interamericana de Derechos Humanos,

sentencia del 20 de noviembre de 2012) y la opinión consultiva dectadas por ella en función del artículo 64 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. La determinación de los otros elementos genera mayores dificultades, en cuanto al sujeto controlador, la Corte Interamericana de Derechos Humanos erige como órgano de contro, en un primer momento, a los órganos del Poder Judicial, los jueces y tribunales internos, más a las autoridades judiciales, en sentido amplio; luego de los jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles y finalmente, a todas las autoridades estatales; es decir, A TODOS LOS PODERES Y ÓRGANOS ESTATALES EN SU CONJUNTO. Sin duda alguna, la variación en el sujeto controlador tiene consecuencias muy importantes sobre la naturaleza de su acción, sabemos que por lo general, los jueces conocen del caso relacionado con el comportamiento de las personas privadas o jurídicas, teniendo como parámetro las normas en vigor dentro de un ordenamiento jurídico; sin embargo, la adecuación del comportamiento a esas normas por intelectivo propio de los individuos, difícilmente se podría catalogar como un CONTROL de su acción; en ánimo de discusión, podría hablar de un AUTOCONTROL de convencionalidad que, en el caso de un acto no consumado INTENCIÓN, no tendría consecuencias jurídicas ividentes o en el caso de un acto ya consumado contrario a las disposiciones convencionales, el agente no se libraría automáticamente de las consecuencias jurídicas de su acción, a pesar de un arrepentimiento no incluso de un esfuerzo de reparación.

Adicionalmente hay que subrayar que la posibilidad de ejercer un control de convencionalidad por parte de las autoridades estatales debe estar previsto en una norma de habilitación; el ejercicio de un control, de un acto externo a sí mismo, es una prerrogativa que debe estar sustentado en el marco de un Estado de Derecho, por una norma jurídica. Es quizá la principal dificultad que enfrenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos, debido a que no existe en ningpun ordenamiento jurídico internamericano, una norma que habilita expresamente el ejercicio de un CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD; además, el posicionamiento supranacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no le permite desconocer la configuración propia de cada sistema jurídico, ni crear por vía jurisprudencial una obligación que no se encuentra privisto en la Convención Americana de Derechos Humanos, menos establecer EX NIHILO UN PROCEDIMIENTO O UNA ACCIÓN DE CONVENCIONALIDAD EN DERECHO INTERNO. Por esa razón, la Corte Interamericana de Derechos Humanos insiste reiteradamente qu el CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO debe ser ejercido por las autoridades nacionales EX OFFICIO, aunque EVIDENTEMENTE EN EL MARCO DE SUS RESPECTIVAS COMPETENCIAS DE DE LAS REGULACIONES PROCESALES CORRESPONDIENTES. La Corte Interamericana de Derechos Humanos parece estar encerrado en un razonamiento circular que se explica en parte, por la finalidad y el objeto de control que le asigna al intrumento:

el control de convencionalidad sería un mecanismo para evitar la responsabilidad internacional del Estado por la violación de una obligación establecido en la referida Convención. La concepción extemadamente aplia DEL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD ha generado fuertes críticas doctrinales en el sentido que EL FALSO control sería tan sólo una traducción inadecuado de la obligación de honrar las disposiciones convencionales que los Estados se han comprometido a respetar al firmar y ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos. Adicionalmente (22 Control de convencionalidad interamericano, Revista Derecho del Estado), hay que anotar que la pretensión preventiva del CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD es limitado y su efectividad tendría que ser verificado en el marco de UN CONTROL CONCENTRADO DE CONVENCIONALIDAD en sede interamericano; un Estado parte puede violar la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, incluso luego y posiblemente como consecuencia de haber realizado UN CONTROL DEFUSO DE CONVENCIONALIDAD defectuoso porque no conforme con los Tratados de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Nos parece entonces que la concepción inicial del CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD, tal como fue planteado por la Corte en el año 2006, que ponía en cabeza de los jueces nacionales la referida función. Era menos problemático, hay que recordar que en ese entonces, la Corte Interamericana de Derechos Humanos incitaba exclusivamente al Poder Judicial Nacional a controlar la aplicación de las disposiciones de derecho interno de conformidad al derecho interamericano. En palabras de la Corte, se debe ejercer un control de convencionalidad ENTRE LAS NORMAS INTERNAS Y LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; de esa manera y al contrario DEL CONTROL CONCENTRADO DE CONVENCIONALIDAD, EL CONTROL DIFUSO tendrá como objetivo específico resolver conflictos normativos entre normas internas y convencionales, a favor de éstas últimas, para VELAR PORQUE EL EFECTO ÚTIL DE LA CONVENCION NO SE VEA MERMANDO O ANULADO POR LA APLICACION DE LEYES CONTRARIOS A SUS DISPOSICIONES, OBJETO Y FIN. Al respecto y por esa razón, resolver conflictos normativos que la propio Corte Interamericana de Derechos Humanos hace un relación, desafortunadamente desde nuestro punto de vista, entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad al afirmar que LOR ORGANOS DEL PODER JUDICIAL DEBEN EJERCER NO SÓLO UN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, TAMBIÉN UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. La confusión entre estos dos instrumentos de control sigue siendo alentado por la Corte en su jurisprudencia reciente al afirmar que LA CONVENCION AMERICANA NO IMPONE UN MODELO ESPECÍFICO PARA REALIZAR UN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD; la pregunta que surge y motiva una reflexión, es de saber qué relación existe entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, por qué razón tanto la

doctrina como la jurisprudencia inteamericana asocian íntimamente los referidos controles (23 El Control Difuso de Convencionalidad, Ferrer Mac-Gregor Eduardo); parece como si existiera una confusión coceptual entre el alcance y la interacción entre dos sinstrumentos que son cercanon en su modo operativo pero, en realidad, de naturaleza y finalaidad mu diferentes. Para responder a la problemática, el análisis se enmarca en la experiencia francesa, aclarando de inmediato que no se pretende erigir como un modelo a seguir, sólo presentar algunos elementos de reflexión que pueden contribuir a la discusión en Latinoamérica; la tesis que se pretende defender es que los dos controles tanto de convencionalidad como el control de constitucionalidad, son totalmente independientes y el juez de la constitucionalidad no puede ser, desde un punto de vista formal, el mismo juez de la convencionalidad. Como aspecto preliminar, hay que tener en cuenta que la Corte Europea de Derechos Humanos no ha establecido la obligación de ejercer un control interno o difuso de convencionalidad; en Europa, el origen de este instrumento es exclusivamente nacional, lo que facilita sin duda su análisis a la luz de las especificidades de cada ordenamiento purídico nacional, concretamente en Francia, el control de convencionalidad surgió a mediados de los años 1970 cuando el Consejo Constitucional debía resolver un litigio que oponía la ley interrpción violenta del embarazo, el artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, derecho a la vida, en su decisión 74-54 DC del 15 de enero de 1975, el juez constitucional se declaró incompetente para controlar la convencionalidad de la ley, conduciendo a los tribunales ordinarios, judiciales y administrativos a conocer y resolver los litigios. Esta situación se explica teniendo en cuenta una distinción estricta del parámetro de control y la finalidad de cada instrumento, lo cual sirve para determinar la competencia del órgano controlado.

VIII) DEL SISTEMA DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO, EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DIFUSO, EN MÉXICO

De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, **todas las autoridades del país**, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligados a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano que se trata, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona (24 El Contro Difuso y Control Convencional de Constitucionalidad). Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional,

reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, se deben interpretar junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que se debe realizar el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que se deberá adecuar al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 10. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en

contrario que se encuentran en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados, como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los tratados internacionales, **sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia convencional de Derechos Humanos.**

IX) CONCLUSIONES

1. El control de constitucionalidad se encuentra íntimamente ligado con la interpretación de la ley fundamental, que implica realizar un contraste entre una norma legal y otra norma constitucional, para determinar si la primera es compatible con la segunda, para establecer su congruencia y operatividad dentro del sistema legal.
2. El control de constitucionalidad en Guatemala se coloca también el el Contro Difuso de Convencionalidad, en virtud que es un país signatario de la Convención Americana de Derechos Humanos y por tal razón, es un país que debe cumplir con la normativa convencional en toda resolución o disposición de autoridad judicial o administrativo, de manera obligatorio. Los Jueces y Magistrados y del ámbito administrativo, obligadamente deben inaplicar la norma inconstitucional.
3. Este sistema DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD CONCENTRADO está a cargo por excelencia, DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, en su calidad de órgano controlador, competente para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y sobre los Convenios de Derechos Humanos, como parámetro principal de control. En este marco, el objeto de control en el comportamiento por acción o por omisión de un Estado Parte que ha reconocido la competencia contencioso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 62.3 establece como norma jurídica de habilitación. El referido control de convencionalidad se justifica además en los principios del derecho internacional genral de buena fe y PACTA SUNT SERVANDA.
4. El sistema de control DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD tiene lugar en el ámbito interno de cada Estado Parte a la Convención Americana de Derechos Humanos, este mecanismo se define por la doctrina COMO EL ACTO DE CONTROL QUE EFECTUA EL JUEZ NACIONAL EN CUANTO A LA CONFORMIDAD DE LA NORMA INTERNA RESPECTO DE LA NORMA INTERNACIONAL. Un planteamiento teórico de la noción permite identificar cinco elementos conceptuales necesarios a todo control de convencionalidad: **1)** Un verbo acción, controlar; **2)** Un sujeto, el órgano controlador; **3)** Un parámetro de control, la convencionalidad; **4)** Un objeto de control y **5)** Una norma jurídica de habilitación. En la práctica, los referidos elementos no son fáciles de encontrar en ciertos ordenamientos jurídicos nacionales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha inentado precisarlos, de manera poco y bastante deficiente; el aspecto en apariencia menos problemático es el parámetro de control, el cual se encuentra definido explícitamente en la misma denominación del instrumento de convencionalidad; sin embargo, hay que anotar que según la jurisprudencia supranacional, se debe tener en consideración no solamente el tratado, sino también, la interpretación que del mismo hace la Corte Interamericana Sobre Derechos Humanos.
5. Lo dispuesto en los tratados internacionales que: **“Todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.”** Constituye un principio para garantizar el respeto de los derechos humanos en el territorio de Guatemala, observando criterios de interpretación propios de los tratados internacionales, medida que propicia la valoración, interpretación y aplicación de los derechos humanos, tanto en el ámbito nacional como internacional.

X) BIBLIOGRAFÍA

- Bobbio, Norberto, Teoría General del Derecho, Trad. Eduardo Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1991.
- Burgoa, Ignacio, Diccionario de Derecho Constitucional Garantías y Amparo, Porrúa, octava edición, 2005.
- Burgoa, Ignacio, Derecho Constitucional, Porrúa, México, 2000.
- Carbonell, Miguel, Estado de derecho: concepto, fundamento y democratización en América Latina, UNAM, ITAM, Siglo XXI.
- Castro V, Juventino, El Artículo 105 Constitucional, Porrúa, México, 2004.
- Cruz Quiróz, Osmar Armando, Efectos en las Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad.
- Fix Fierro, Héctor, (ed.), A la puerta de la Ley. El Estado de derecho en México, México, Cal y Arena, 1994, p. 10 citado en el libro de
- Carbonell, Miguel, Estado de derecho: concepto, fundamento y democratización en América Latina, UNAM, ITAM, Siglo XXI.
- Kelsen, Hans, La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional), trad. De Rolando Tamayo y Salmorán, México UNAM,
- Nino, Carlos Santiago, La validez del Derecho, Astrea, Buenos Aires, 1985.
- Quiroz Acosta, Enrique, Teoría de la Constitución; Porrúa, tercera edición, México.
- <http://www.rae.es> Real Academia de la Lengua Española
- <http://www.cc.gob.gt> Corte de Constitucionalidad
- -Constituciones de la República de Guatemala, época colombina
- Constitución de la Republica de Guatemala de 1945
- Constitución de la Republica de Guatemala de 1954
- Constitución de la Republica de Guatemala de 1965
- Constitución de la Republica de Guatemala de 1985

El autor/autora es el único (a) responsable del contenido íntegro del presente artículo.



COMENTARIOS DE LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

Magistrado

MYNOR ANTONIO OXOM PAREDES

Sala Primera de la Corte de Apelaciones
del Ramo Penal de Procesos de Mayor Riesgo y de
Extinción de Dominio, Guatemala

La Ley de Extinción de Dominio en Guatemala, Decreto número 55-2010 del Congreso de la República, fue creada toda vez que en los últimos años se ha incrementado alarmantemente, el número de delitos que atentan con el patrimonio del estado y de los particulares, así como los que ocasionan grave daño a la vida, la integridad, la libertad y la salud de los habitantes del país, todos relacionados con la delincuencia organizada, así como otras formas de actividades ilícitas o delictivas.

Es decir tanto personas individuales como jurídicas, en el actuar delictivo han acumulado bienes con recursos provenientes de actividades ilícitas o delictivas, es por ello que fue creada la Ley de Extinción de Dominio Decreto Número 55-2010 del Congreso de la República, con la finalidad de encontrar alguna forma de combatir la delincuencia en circunstancias de índole patrimonial y cuando dicho patrimonio se acrecienta por la comisión de hechos delictivos.

Es importante aclarar que, si se ha obtenido una legítima propiedad sobre determinado bien, no se puede extinguir el dominio sobre el mismo; ya que el proceso de Extinción de Dominio, se basa en la transferencia a favor del Estado del dominio de aquellos bienes de la propiedad de las personas, quienes los han obtenido de manera ilícita, o bien, si se han enriquecido sin causa justificada.

Se considera un principio constitucional y un derecho humano la protección de la propiedad privada, esta puede ser limitada o extinguida si perjudica o violenta el interés social.

En el Derecho Penal tradicional, la lucha contra el delito se centró en el esclarecimiento de los crímenes; sin embargo, a partir de la década de los noventa del siglo pasado, quienes combaten el crimen también, han pretendido que los delincuentes entreguen el producto de sus acciones delictivas, tarea que no ha tenido resultados satisfactorios a la fecha, a pesar de existir institutos jurídicos como lo es el comiso dentro del ámbito del Derecho penal, el cual ha resultado poco exitoso en virtud de que presupone la terminación de todo en un proceso penal hasta su ejecutoria para hacerlo efectivo.

El artículo 41 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece el Derecho de Propiedad, en el cual se indica que por delito político no puede limitarse el derecho de propiedad en forma alguna donde se prohíbe la confiscación de bienes. No obstante, en los últimos años, en Guatemala se han extinguido bienes a ciertas personas que se han involucrado en la adquisición ilícita de los mismos, quienes se encuentran sujetos a un proceso penal para el esclarecimiento de los hechos que se les atribuyen.

Es el caso que la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establecen la importancia del derecho de propiedad reconociéndolo al tenor de sus artículos 17 y 21 respectivamente, indicando que dicho derecho no podrá ser restringido arbitrariamente, dentro de las limitaciones que la ley establece y conforme al interés social.

El fin de la acción de Extinción de Dominio, según la ley de la materia, permitirá al Estado eliminar la principal motivación de los criminales: la obtención de ganancias ilícitas o delictivas, y por ende la acumulación de riquezas patrimoniales provenientes de actividades ilícitas o hechos delictivos.

Para erradicar toda fuente de riqueza ilícita es imperativo que el Estado pueda mediante una resolución judicial, declarar la privación definitiva de dominio de dichos bienes, frutos o ganancias o de aquellos bienes adquiridos en perjuicio de la administración pública o de lo bienes estatales.

Es relevante mencionar que en la comisión de un hecho delictivo, la mayoría de veces, tiene como fin producir ganancias para los transgresores de la ley generando así un "patrimonio criminal"; debido a esa tendencia creciente en la economía, los distintos ordenamientos jurídicos de diferentes países han procurado dotarse de institutos jurídicos que no solo busquen una sanción al presunto delincuente sino que además decomisen las resultas obtenidas por la perpetración de un hecho delictivo o ilícito y así combatir la delincuencia desde otro enfoque, persiguiendo propiamente los bienes de la delincuencia organizada.

La Ley de Extinción de Dominio en su artículo 5 establece que la acción es de naturaleza jurisdiccional, real y de contenido patrimonial, refiriéndose a que mediante un procedimiento legal realizado ante el juez, el Estado evalúa la aplicación a su favor de ciertos bienes por provenir éstos de actividades ilícitas entre otros.

La institución de Extinción de Dominio en el ordenamiento jurídico guatemalteco se define en el artículo 2 literal "d" como: *"La pérdida a favor del Estado, de cualquier derecho sobre los bienes mencionados en la literal b del presente artículo, y que se encuentren dentro de las causales estipuladas dentro de la presente ley, cualquiera que sea su naturaleza acción ni compensación de naturaleza alguna para su titular o cualquier persona que ostente o se comporte como tal"*.

En este orden de ideas, se entiende que la Extinción de Dominio es la pérdida o la privación de uso goce o disfrute de los derechos adquiridos sobre un bien adquirido de forma ilícita ya sea a favor de particulares o del Estado mismo con lo cual debe comprobarse la ilegalidad del acto o contrato con que fue adquirido para posteriormente ser decomisado por parte de los órganos jurisdiccionales competentes del Estado.

La acción de Extinción de Dominio debe entenderse como la pérdida o privación definitiva de los derechos reales dominicales y accesorios ilícitos o criminalmente adquiridos a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular, poseedor, usufructuarios o tenedor u otra forma de dominio.

A raíz de la constante comisión de los actos delictivos antes referidos, a nivel mundial fue tal el grado de necesidad de la creación de una ley que decomisara a través de un debido proceso los bienes adquiridos con dinero ilícito, que algunos delincuentes ideaban las formas evasivas para la conservación del dinero de ilícita procedencia en sentido de evitar la detección por parte de las autoridades competentes.

La acción de Extinción de Dominio es un proceso que afecta al patrimonio como atributo de la personalidad, debido que es el patrimonio el activo constituido por todos los bienes, mientras que el pasivo, son las obligaciones contraídas por la adquisición de este bien, por lo que para que el patrimonio sea considerado dentro de la esfera jurídica de derechos reales es necesario que haya sido obtenido de manera legal para que goce de la protección del Estado como bien jurídico tutelado.

La Ley de Extinción de Dominio tiene un objeto y al tenor de su artículo 10 literal a) preceptúa que corresponde la carga probatoria a aquella persona poseedora de los bienes, quien deberá acreditar la legitimidad y licitud de la procedencia de buena fe de los mismos.

Cabe mencionar que la procedencia de la adquisición de bienes dentro del patrimonio de las personas, en caso

de duda se deducirá a través de un debido proceso, circunstancia por la que siempre se debe de tener presente que existe el principio de la presunción de inocencia por lo que el ente acusador deberá de comprobar fehacientemente la procedencia de dichos bienes de conformidad a lo que dictan las leyes y procedimiento correspondiente.

Es importante hacer mención que la ley de Extinción de Dominio de la República de Guatemala, está basada e inspirada en la Ley Modelo Sobre Extinción de Dominio como iniciativa del Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe (LAPLAC) conforme al seguimiento de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC).

Pueden existir terceras personas cuyo patrimonio puede verse afectado, por las acciones ilícitas de otros de quienes no conocían su proceder al margen de la ley, siendo lo ideal devolver el bien inmueble en el caso de falsedad material en las escrituras traslativas de dominio, lo cual se contempla dentro de la Ley de Extinción de Dominio en su artículo 10 numeral 4.

Consecuencias legales las cuales es sumamente importante que para que las personas perjudicadas puedan evitar el detrimento sufrido patrimonialmente, al momento de tener intención de adquirir un bien, se asesoren con profesionales de su confianza para que previamente al negocio y como requisito indispensable se aseguren que el bien a adquirir ostenta de seguridad jurídica, registral y no posee anomalía alguna.

El objeto de la Extinción de Dominio primordialmente es la comprobación que realmente una persona o grupo de personas han adquirido un bien producto de actividades ilícitas para ser transmitido a favor del Estado.

La ley de Extinción de Dominio también hace referencia a dos principios siendo estos: *PRINCIPIO DE NULIDAD AB INITIO* y el de *PREVALENCIA*. En relación al Principio Ab Initio se encuentra regulado en el artículo 3 literal a) *"la adquisición o disposición de los bienes o la constitución de patrimonio de origen ilícito o delictivo, a sabiendas de tal calidad o debiéndolo presumir razonablemente, constituye negocio jurídico contrario al orden público y a las leyes prohibitivas expresas o se han constituido en fraude a la ley. Los actos y contratos que versen sobre dichos negocios, en ningún caso constituyen justo título y son nulos ab-initio"*. De conformidad con ese principio, la nulidad absoluta del acto, contrato o negocio del cual provienen los bienes de origen ilícito se produce desde el momento mismo de su adquisición.

Con relación al Principio de *PREVALENCIA*, la Ley de Extinción de Dominio, en su artículo 3, literal b) establece que: *"las disposiciones contenidas en la presente ley, se aplicarán y se interpretarán de preferencia sobre las contenidas en cualquier otra ley"*.

Por otra parte La Ley de Extinción de Dominio, en el

artículo 7 regula lo relativo a la autonomía de la acción estableciendo que ésta es imprescriptible, distinta e independiente de la persecución y de la responsabilidad penal. De lo expuesto se puede evidenciar que al ejercitarse la acción de extinción de dominio se pone en movimiento un procedimiento propio y distinto del tradicional Derecho Penal.

Para comprender el carácter autónomo de la acción, se deben tener presente los siguientes elementos: a) no es necesario que se haya iniciado un procedimiento penal regulado en el Código Procesal Penal para que pueda proceder la acción de extinción de dominio, ya que ésta tal como lo señala el artículo 13 de la Ley de Extinción de Dominio, " Se iniciará y ejercerá de oficio por el Fiscal General o el agente fiscal designado, cuando estime que la investigación proporciona fundamento serio y razonable sobre la concurrencia de una o más de las causales...", en dicho cuerpo normativo; b) que exista un proceso penal en contra de un presunto transgresor de la ley penal parecería ser indicativo de que se debe iniciar un procedimiento de Extinción de Dominio.

Sin embargo, es importante recalcar la independencia de la acción por lo que inclusive podría sobrepasarse la acción penal, más no así la acción de Extinción de Dominio, ya que ambas acciones buscan finalidades diferentes. La Ley de Extinción de Dominio, regula un procedimiento común y ordinario, mismo que se promueve por una o varias causales que preceptúa el artículo 4 del mencionado cuerpo legal, además de establecer un segundo y excepcional procedimiento en caso de que se incurra en omisión o falsedad, en caso de abandono de bienes o en la declaración jurada de conformidad a la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos.

La Ley de Extinción de Dominio regula y garantiza que dentro del debido proceso, ejercicio y trámite de la acción de extinción de dominio en su artículo 9 "*se garantizará el debido proceso y el derecho de defensa, permitiendo a la persona que pudiera resultar afectada, presentar pruebas e intervenir en su práctica, oponerse a las pretensiones que estén haciendo valer en contra de los bienes (...)*"

La acción de Extinción de Dominio se iniciará por el Fiscal General o el agente fiscal designado en un plazo no mayor de 2 días, quien expondrá ante juez o tribunal lo siguiente: los hechos en que fundamenta su petición; la descripción e identificación de los bienes que se persiguen, la causal en la que se fundamenta la Extinción del Dominio; el ofrecimiento de las pruebas conducentes, cuando se trate de prueba documental, y fuere el caso, se indicará el lugar o archivo en donde se encuentre, para que el juez o tribunal competente ordenen en su remisión al agente fiscal del caso. Dentro de las 24 horas de presentada la petición de extinción de dominio, el juez o tribunal competente que conozca dictará la resolución admitiéndola a trámite y haciendo saber a las personas interesadas o que pudieren resultar afectas, del derecho que les asiste para comparecer a juicio oral y del apercibimiento en caso de no hacerlo.

Si no se hubiere hecho con anterioridad, el juez o tribunal competente decretará, en la misma resolución de admisión a trámite, las medidas cautelares de admisión a trámite, las medidas cautelares necesarias que aseguren la ejecución de la sentencia, las que se ordenarán y ejecutarán antes de ser notificada la resolución a la parte interesada. Dentro de los 3 días de dictada la resolución de admisión a trámite, se notificará a las personas interesadas o que pudieran resultar afectadas, en la dirección de residencia o negocio que de ellas se conozca.

Dentro de los 2 días después de la notificación mencionada, el juez o tribunal emplazará a las partes, señalando día y hora para la audiencia, que se celebrará en un plazo no mayor de 10 días contados a partir de la resolución. A dicha audiencia comparecerán pudiendo manifestar oralmente su oposición o medios de defensa, interponer excepciones y proponer todos los medios de prueba. En caso de incomparecencia de una de las partes a la audiencia, consecuentemente se le declarará rebelde a solicitud del Ministerio Público.

En tal caso, el juez nombrará un defensor judicial, entre los abogados del Instituto de la Defensa Pública Penal, para hacer valer algún derecho durante el proceso y mientras no comparezca el declarado rebelde.

En la primera audiencia, el Ministerio Público podrá ampliar su escrito inicial, suspendiendo la audiencia señalada, pudiendo el Juez o Tribunal prorrogarla por una sola vez señalándola dentro de un plazo que no exceda de 8 días. La única excepción previa que se podrá interponer es la de Falta de Personalidad, la cual deberá ser resuelta dentro de los 3 días siguientes a la audiencia. Contra la resolución, que resuelva lo relativo a la excepción cabe recurso de apelación que se tramitará y resolverá ante la sala de apelaciones en un plazo de 48 horas, debiendo ser examinado y resuelto sin debate en un plazo no mayor de 24 horas. Siendo importante mencionar que no tiene efectos suspensivos dentro del proceso de extinción de dominio.

Resuelta la excepción previa o celebrada la audiencia referida, el juez o tribunal abrirá a prueba el proceso por un plazo de 30 días, prorrogable excepcionalmente por el término de distancia o cuando sin culpa del interesado no hayan podido practicarse las pruebas pedidas en tiempo. El ofrecimiento, admisibilidad y diligenciamiento de cada medio de prueba se realizará conforme a lo previsto para dicha materia en el Código Procesal Penal. Vencido o concluido el periodo de prueba, el juez o tribunal señalará día y hora para la vista, la cual será notificada verbalmente el día del último diligenciamiento, misma que deberá celebrarse en un plazo no mayor de 10 días.

Concluida la vista, el juez citará directamente a las partes para dictar sentencia dentro de un plazo que no exceda de 10 días.

En contra de la resolución o sentencia únicamente procede el recurso de apelación por inobservancia, interpretación indebida o errónea aplicación de la Ley de

Extinción de Dominio, el cual se deberá interponer dentro de los 3 días siguientes de notificada la sentencia, la cual será admitida o rechazada dentro de un plazo de 2 días a partir de su recepción. De ser admitida, se remitirá a más tardar, al día siguiente de la resolución a la sala respectiva, sin necesidad de notificación.

El recurso deberá ser resuelto dentro de los 15 días siguientes a aquel en que el expediente llegue a la sala de apelaciones. La apelación no suspenderá ninguna de las medidas decretadas por el juez para garantizar la extinción de dominio.

La Sala de Apelaciones emplazará a los interesados para que comparezcan a audiencia oral para exposición de argumentos y conclusiones, dentro de un plazo de 15 días siguientes en que el expediente haya llegado a la sala. La resolución se dictará en la misma audiencia conforme a las reglas de la sana crítica razonada.

Si el juez estimare procedente la acción, la sentencia declarará la extinción de dominio de todos los derechos reales, principales o accesorios y ordenará su transmisión a favor del Consejo Nacional de Administración de Bienes en Extinción de Dominio.

BIBLIOGRAFÍA:

OBRAS Y TEXTOS:

1. ADROGUE MANUEL. "El derecho de propiedad en la actualidad". Editorial abeledo-perrot. Buenos Aires, Argentina. (1995).
2. AGUILAR GUERRA, VLADIMIR. "Derechos Reales" (3ra. ed.). Guatemala, Editorial Orión. (2009).

DICCIONARIOS:

1. CABANELLAS, GUILLERMO. "Diccionario de Derecho Usual". Buenos Aires, Argentina. Editorial Industria Gráfica de libro S.R.L. (1976).
2. OSSORIO, MANUEL. "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales". (1974). Argentina: Editorial Heliasta.

TESIS:

1. PINEDA GARZARO, HELLEN PAOLA. "La Extinción de Dominio. Naturaleza, características y análisis de su constitucionalidad" Guatemala, 2012. Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar.

LEGISLACIÓN:

1. Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente 1,985.
2. Ley de Extinción de Dominio, Decreto número 55-2010.



COMENTARIOS DE LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

NUEVA CRIMINALIDAD: DELITOS AMBIENTALES, CORRUPCIÓN, DELITOS POLÍTICOS, DELITOS DEL FUNCIONARIO PÚBLICO, DELITOS CORPORATIVOS Y DELINCUENCIA ORGANIZADA. ORIGEN DE LA PERSECUSIÓN A LA CORRUPCIÓN



La autora del artículo es la única responsable del contenido íntegro del presente artículo.

Magistrada

MIRIAM ELIZABETH MÉNDEZ MÉNDEZ

Sala de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal de
Delitos de Femicidio y Otras Formas de Violencia
Contra la Mujer, Guatemala

Introducción

La corrupción constituye un fenómeno de afectación multidisciplinaria, por cuanto se trata de una problemática a abordarse desde un punto de vista político, sociológico, económico o jurídico.

El análisis del tema de manera general, se trata desde el punto de vista jurídico. Su abordaje pretende determinar que el mismo afecta a la sociedad en su conjunto, al representar un peligro para el financiamiento de las entidades estatales, así como un problema de legitimidad que afecta la credibilidad en las instituciones públicas.

1. Generalidades sobre Corrupción

La corrupción es un término con mucha actualidad, pese a que los delitos contra la administración pública datan de mucho tiempo atrás. Es un término con el cual se nombra un fenómeno que aunque similar en las diferentes ciencias; adquiere en cada una un significado propio.

De esa cuenta, se puede hablar de corrupción en el ámbito de la ciencia política, porque en la actualidad se observa una persecución muy frecuente de funcionarios públicos que han atentado contra la administración pública. Por otro lado se puede considerar a la palabra corrupción desde un punto de vista social, porque se ha llegado incluso a aplicar tal término a cualquier sujeto que malversa fondos bien sea públicos o privados. Se trata entonces de una problemática social.

Por otro lado, no todas las formas de corrupción estarán contenidas en el Código Penal, tipificadas como delito; sin embargo, existen ya muy precisas figuras jurídicas que persiguen sancionar actos de corrupción, tal el caso del delito de fraude contenido en el artículo 450 del cuerpo de leyes en cuestión. Dejando para analizar

esta norma y otras más adelante, sirve el hecho que se expone, para evidenciar que la corrupción también puede abordarse desde el punto de vista jurídico.

En este estudio, la corrupción se enfoca como ya quedó anotado, desde un punto de vista jurídico. Si se mencionan otras formas o perspectivas de esta problemática, las mismas únicamente sirven para complemento.

Para abordar el tema en forma adecuada, se hace necesario, establecer lo que el término corrupción significa desde un punto de vista etimológico. En ese orden de ideas, se tiene que corrupción deriva del latín *rumpere*, que traducido quiere decir romper. "El término corrupción, desde una perspectiva semántica, proviene del latín *rumpere*, que significa romper, dividir, quebrar, violar, anular; que a su vez se deriva de *corrumpere*, cuyo significado es alteración, desunión, descomposición." (Reátegui, 2001, pág., 2) Ante tal descripción, se puede asegurar que el origen del término corrupción, desde el punto de vista etimológico, trata de acceder a la idea de descomposición de algo.

Para analizar el objeto que nombra esta palabra también puede verse el delito de corrupción de menores, en cuya tipología se encuentran los casos en que el adulto responsable de un menor, no asume tal rol si no que, por el contrario lo expone a ser corrompido. Esto significa dañar la vida del menor o al menor mismo en todo sentido.

El origen del término corrupción, al menos desde el punto de vista etimológico entonces, significa una acción de bastante desvalor desde el punto de vista jurídico y penal.

2. La Acción de Corrupción

La acción de corrupción, según el diccionario de uso común es: “la acción de corromper” (DRAE, 2014, pág. 873). Para entender este último término, es preciso volver a citar al diccionario, el cual indica que es: “la acción y efecto de dañar”. Como es evidente, se trata de una acción con desvalor que indica echar a perder algo.

Si se aplicara a delitos de indemnidad y pudor sexual como se hacía en la antigüedad, el término cambiaría su significación porque no se trataría de fondos o bienes patrimoniales sometidos a administración, sino más bien a asuntos relacionados con la inocencia y desarrollo intelectual de la personas aprovechando su corta edad.

3. Origen de la Persecución a la Corrupción

Para determinar el origen de la persecución de una conducta en sociedad, hay que recurrir a los motivos que inspiraron la tipificación en ley de tal conducta y además, los antecedentes que dieron origen a esta motivación; es decir, los hechos sociales e históricos que condicionaron esa reacción estatal.

Si se trata de determinar la intención que tenía el legislador de proteger un bien en el momento de legislar una figura delictiva, entonces en cuanto a la corrupción habría que tomar en cuenta el bien jurídico que tutelan los tipos que sancionan cualquier conducta de funcionario o sujeto que maneja fondos económicos, patrimoniales o dinerarios; o bien realice acciones contra la confiabilidad del sistema institucional.

Entre otros, se puede observar el bien jurídico tutelado que el legislador protegió al momento de tipificar figuras delictivas tales como el fraude, el cohecho pasivo y otros. Sin embargo, los delitos cometidos contra la administración pública tanto por particulares, como por funcionarios, han tenido una justificación y un catalizador en la Convención Interamericana Contra la Corrupción, de la Organización de Estados Americanos del 29 de mayo de 1996.

En los considerandos de tal instrumento de derecho internacional, se establece que: “la corrupción socava

la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos”, lo que determina un primer motivo contra la corrupción, el cual es la preservación de la legitimidad de las instituciones públicas.

En efecto, la legitimidad se encuentra en juego, cuando cualquier funcionario público o bien particulares concitados con funcionarios cooptan el Estado y socavan o disminuyen la credibilidad de la sociedad en sus instituciones estatales, por cuanto sus autoridades no respetan la legalidad y la legitimidad preestablecidas.

De ahí que resulte necesario tomar en cuenta, que el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social; por cuanto la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, que por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

En tal virtud, los procesos de desarrollo social como la democracia y la productividad de una sociedad se ven seriamente afectados con la incidencia del flagelo social que constituye la corrupción. Por ello, el Estado se ve compelido de tipificar figuras delictivas en la pretensión de establecer sanciones a las diferentes conductas o comportamientos que puedan llegar a desarrollar las personas responsables de resguardar la administración de las instituciones que conforman el organigrama estatal.

La lucha contra la corrupción es una necesidad de sociedades como la guatemalteca, y por lo que se puede apreciar en la Convención Interamericana Contra la Corrupción, también lo es en toda América Latina.

Es importante hacer énfasis en lo que al respecto regula el Artículo III del cuerpo legal de derecho internacional referido anteriormente, cuando estatuye:

A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: 1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos, informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública.

En tal virtud, el Estado de Guatemala no podía sustraerse a tales obligaciones internacionales y debía adecuar no solo su legislación vigente a dichas medidas, sino desarrollar una serie de ajustes en sus instituciones de justicia y en sus políticas, a fin de dar cumplimiento a la lucha contra la corrupción en sus instituciones.

Este marco, facilita históricamente el desarrollo de acontecimientos en el ámbito nacional guatemalteco, que tienen que ver directamente con la lucha contra la corrupción. Permite evidenciar lo adecuado de la legislación nacional en cuanto a tales circunstancias y en tal virtud realizar los cambios que se consideren necesarios.

En materia constitucional se promovieron algunas propuestas de reforma que a la fecha se encuentran sobre la mesa aún. En materia de derecho electoral, se materializaron varios cambios a la Ley Electoral y de Partidos Políticos, y en general se fortaleció el sistema electoral con el fin de evitar el desarrollo de conductas de corrupción en los procesos.

Es importante subrayar que en materia de leyes ordinarias, los delitos contenidos en el Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala han sido aplicados debidamente a los sucesos perpetrados en la década actual, pese a haber sido regulados desde la década de los setenta del siglo anterior.

Conclusiones

1. Terminológicamente la corrupción, deriva del concepto de romper algo, destruir algo; lo cual resulta congruente con los considerando de la Convención Interamericana Contra la Corrupción que determina que tal problemática destruye la legitimidad de las instituciones estatales en una sociedad.
2. El origen de la persecución contra la corrupción, se debe buscar en la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, que por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Referencias

Conde Muñoz, Francisco. (2008) ¿Es el Derecho penal internacional un “Derecho penal del enemigo”? Universidad Pablo Olavide. Sevilla.

Jakobs, Günther y Cancio Meliá, (2003). El derecho penal del enemigo. Ed. Thomson Civitas, Madrid, España.

Silva Sanchez, Jesús María, (2001). La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Ed. Civitas, Madrid, España.

NUEVA CRIMINALIDAD:
DELITOS AMBIENTALES, CORRUPCIÓN,
DELITOS POLÍTICOS, DELITOS DEL FUNCIONARIO PÚBLICO, DELITOS
CORPORATIVOS Y DELINCUENCIA ORGANIZADA.
ORIGEN DE LA PERSECUCIÓN A LA CORRUPCIÓN



Magistrada

DRA. CLAUDIA LUCRECIA PAREDES CASTAÑEDA

Sala Tercera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo,
Guatemala

*Es mejor exponerse a absolver a un hombre culpable,
que condenar a un inocente. François-Marie Arouet (Voltaire)*

La autora del artículo es la única responsable del contenido íntegro del presente artículo.



EL DELITO DE SUSTRACCIÓN AGRAVADA, RESPECTO AL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA ESTABLECIDO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

Resumen

El objetivo general del presente escrito es un análisis sobre la presunción de inocencia como principio jurídico establecido en el ordenamiento jurídico guatemalteco, desde un contexto relacionado con las distintas ramas del derecho; con una connotación especial en el derecho penal y en el derecho constitucional.

Lo que se pretende exponer en el presente artículo es, la implicación que tiene el haber regulado el delito de Sustracción Agravada, respecto al principio de Presunción de Inocencia establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala; en donde en ésta última claramente se estipula la presunción de inocencia en materia penal que es en resumen la que favorece al sindicado, es decir presumirlo inocente, hasta que el ente encargado de la persecución penal demuestre su responsabilidad penal en proceso o juicio penal.

Se presenta entonces el siguiente tema que forma parte de los aportes académicos al Instituto de Magistrados de la Corte de Apelaciones.

Palabras Claves: Delito de sustracción agravada; Presunción de inocencia.

Introducción

La presunción de inocencia constituye un bastión del sistema penal guatemalteco que se precia de ser democrático y garantista.

Lo primero porque, derivado del proceso penal acusatorio, quien acusa no es quien juzga y en consecuencia la acusación como tesis en el juicio penal únicamente constituye una de las partes a tomar en cuenta a la hora de la decisión judicial final, puesto que también hay que escuchar a la defensa. En ese sentido, las funciones están establecidas en forma democrática para una aplicación de justicia penal más objetiva.

Por otro lado, se considera al sistema penal guatemalteco como garantista, toda vez que en su quehacer determina la vigencia y respeto a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de la República de Guatemala como: *garantías*.

Entre las garantías que establece el magno texto se encuentra precisamente la presunción de inocencia. Así tenemos que el artículo 14 de la Constitución reconoce, en su primer párrafo, el derecho fundamental que toda persona a la que se impute la comisión de

hechos, actos u omisiones calificados como delitos, se debe presumir su inocencia durante la tramitación del proceso hasta en tanto no se le haya declarado responsable judicialmente en sentencia debidamente ejecutoriada.

Vemos como en alguna normativa o fórmula jurídica se condiciona al juzgador a presumir la culpabilidad del sindicado, sea de la forma que sea, entonces se está contraviniendo el espíritu de que inspira a la garantía o principio constitucional de presunción de inocencia.

Tal contradicción a la norma jurídica, deriva de fórmulas muy antiguas contenidas en el Código Penal aún, de esa cuenta el delito de sustracción agravada, invierte la carga de la prueba, en el sentido de que es el sindicado, procesado o acusado el que debe demostrar el paradero de la persona sustraída para evitar con ello la agravación de la pena, lo cual contraviene la presunción de inocencia.

El Código Penal guatemalteco, Decreto 17-73 del Congreso de la República establece la posibilidad la culpabilidad de pleno derecho de alguien por mandato de ley.

En consecuencia, el presente estudio se divide en cinco temas principales, siendo el primero, la presunción. El segundo, versa sobre la presunción de inocencia; el tercero, la culpabilidad; el cuarto, el delito de sustracción agravada; y, el quinto tema, respecto al análisis del delito de sustracción de Sustracción Agravada, con relación al principio de Presunción de Inocencia establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala.

1. La presunción

La presunción está presente en toda deliberación. La presunción sirve y le es útil a cualquiera para llegar a una conclusión o tomar cierta decisión.

La presunción obviamente es un tema relevante desde un punto de vista jurídico, sobre todo donde un juzgador debe tomar decisiones y fundamentar sus fallos muchas veces derivados de presunciones legales y humanas que de lo actuado se desprenden. Sin embargo, es preciso abordar el tema de las presunciones desde un punto de vista más general que lo jurídico, previamente a entrar en materia.

Presumir en lenguaje común es: *“Sospechar o juzgar una cosa por tener indicios o señales para ello.”*¹; por lo que se puede indicar que en sentido general la presunción es una sospecha.

La presunción en materia de derecho cobra una importancia más específica, puesto que de ella puede depender un veredicto.

En derecho, la presunción es consecuencia de la ley, *“es el tipo de aplicación legal del desplazamiento de la prueba, puesto que se trata de trasladar la prueba del hecho litigioso, cuando es imposible o difícil de probar, sobre un hecho cercano.”*² Se trata de un juicio lógico que se desprende de indicios probatorios o hechos indiciarios que pueden conducir, con fundamento en la experiencia de quien juzga, a tomar una decisión.

La presunción legal por lo tanto, procede de la ley para tomar una decisión con base en determinada forma probatoria.

2. Presunción de Inocencia

En la Constitución Política de la República de Guatemala encontramos el Principio de Presunción de Inocencia, regulado en el Artículo 14, el cual, en su párrafo primero textualmente norma: *“Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada”*. Principio básico

que debe regir dentro de todo nuestro ordenamiento jurídico en materia procesal penal, ya que nuestro sistema es acusatorio y a toda persona se le debe presumir inocente, mientras no exista un fallo jurisdiccional que lo declare culpable.

El principio de inocencia así como también el de debido proceso, perfilan al Estado, garantista de los derechos elementales de la persona humana al que se ha hecho alusión frecuentemente.

El principio de inocencia determina la protección para todo ciudadano de ser tomado como inocente *“mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada”* (Ver artículo décimo cuarto de la Constitución Política de la República de Guatemala). Por eso, nadie puede ser considerado culpable o tratado como una persona no inocente.

Este principio es elemental del Derecho Procesal Penal. Señala el tratadista Julio Maier lo siguiente: *“Los habitantes de la Nación gozan de un estado de inocencia, mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, aún cuando respecto a ellos se haya abierto una causa penal y cualquiera que sea el proceso de esa causa”*³.

Según el autor argentino Raúl Washington Abalos, afirma que: *“Este principio significa que toda persona debe ser tratada como inocente, desde el punto de vista del orden jurídico, mientras no exista un sentencia penal de condena, por ende que la situación jurídica de un individuo frente a cualquier imputación es la de inocente, mientras no se declare formalmente su culpabilidad y, por ello ninguna consecuencia penal le es aplicable, permaneciendo su situación frente al derecho regida por las reglas aplicables a todos, con prescindencia de la imputación deducida. Desde este punto de vista es lícito afirmar que el imputado goza de la misma situación jurídica que un inocente”*⁴.

De manera más concreta, el autor nacional, César Barrientos Pellecer, señala: *“Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado responsable en sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada”*⁵.

José Cafferata Nores también apunta su propia definición cuando señala: *“En virtud del principio de inocencia nadie podrá ser considerado culpable, hasta que una sentencia firme no lo declare tal”*⁶.

El principio de presunción de inocencia fue acogido por la legislación constitucional guatemalteca al momento en que la Asamblea Nacional Constituyente en 1985 estatuyó la Constitución Política de la República de Guatemala.

1. RAE. Diccionario de la lengua española. Pág. 1663.

2. Planiol y Ripert. Tratado práctico de derecho civil francés. Tomo 7. Pág. 945.

3. Maier, Julio, Derecho procesal penal, TOMO I, Editores de Puerto S.R.L., Argentina 1996, 2 edición, P 491

4. Abalos, Raúl Washington. DERECHO PROCESAL PENAL, Editorial Ediciones Jurídicas Cuyo, Buenos Aires, Argentina, 1989, p 127

5. Barrientos Pellecer, César. DERECHO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO, Editorial Magna Terra Editores, Guatemala, 1995, p 85

6. Cafferata Nores, José I. INTRODUCCION AL DERECHO PROCESAL PENAL, Editorial Córdoba, Argentina, 1995, p 82

La presunción de inocencia es un principio constitucional, originado por la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José, por haber sido suscrita por los estados americanos en la capital de Costa Rica, misma que en su Artículo 8 contiene lo relativo a las garantías judiciales.

Al tener carácter constitucional, se aplica a todas las ramas del derecho, especialmente a aquellas en las que el Estado podrá imponer una sanción a una conducta determinada.

La presunción de inocencia es una garantía consagrada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en tratados internacionales sobre derechos humanos como, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias a su defensa.

Artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos Garantías judiciales. "... *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*".

Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José.

El onusprobandi (o carga de la prueba) expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales.

El fundamento del onusprobandi radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que lo normal se presume, lo anormal se prueba. Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo (*affirmanti incumbit probatio*: a quien afirma, incumbe la prueba). Básicamente, lo que se quiere decir con este aforismo es que la carga o el trabajo de probar un enunciado debe recaer en aquel que rompe el estado de normalidad (el que afirma poseer una nueva verdad sobre un tema).

El onusprobandi se manifiesta en diversas ramas del Derecho:

- En el Derecho civil: se manifiesta principalmente en la prueba de la existencia de una obligación (que corresponde al acreedor) y en la prueba de la extinción de la obligación (que corresponde al deudor).
- En el Derecho tributario: la carga de la prueba recae exclusivamente en el contribuyente, él es quien tiene que probar ante el fisco que no debe ningún tipo de tributos.
- En el Derecho penal: el onusprobandi es la

base de la presunción de inocencia de cualquier sistema jurídico que respete los derechos humanos. Significa que para toda persona se presume su inocencia hasta que se demuestre su culpabilidad. Es una presunción que admite prueba en contrario, pero en la cual lo relevante es que quien acusa es quien tiene que demostrar la imputación, es decir, el acusado no tiene que demostrar su inocencia, ya que de ella se parte.

- En el Derecho laboral: en los casos de despido la carga de la prueba recae tanto en el trabajador, quien tiene que probar que las causas del despido lesionan sus derechos, y también en el empleador quien debe acreditar que las causas de despido fueron justas.
- En el Derecho procesal: se dice que quien tiene la titularidad de la carga de la prueba es la parte que persigue los efectos jurídicos en función de los hechos que sustentan su pretensión (Teoría de Michelli - Teoría de la Carga de la Prueba según el efecto jurídico perseguido por las partes); asimismo, dichos presupuestos deben estar contemplados en la norma con la finalidad de que sean de aplicación en el proceso mismo. En caso contrario, la misma no se le aplicará, quedando sin sustento su pretensión o defensa (Teoría de Rosemberg - Teoría Normativa).

Si la sentencia es el único mecanismo por el cual el Estado puede declarar la culpabilidad de una persona. Mientras ésta no se produzca en forma condenatoria y esté firme, el imputado tiene jurídicamente el estado de inocencia.

El derecho a ser tratado como inocente o principio de presunción de inocencia está contenido en la Constitución en el artículo 14, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14, inciso 2, y el Pacto de San José en el artículo 8, inciso 2. Las consecuencias jurídicas de este principio son:

- *El in dubio pro reo*: La declaración de culpabilidad en una sentencia, sólo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia del hecho punible y del grado de participación del imputado. Si existiere duda razonable, no se podrá condenar, pues esta favorece al imputado (Artículo 14 del Código Procesal Penal).
- *La carga de la prueba corre a cargo de las partes acusadoras*: El imputado no necesita probar su inocencia, pues constituye el estatus jurídico que lo ampara, de tal manera que quien acusa debe destruir completamente esa posición arribando a la certeza sobre la comisión de un hecho punible y la responsabilidad del mismo. La carga de la prueba corresponde al Ministerio Público y al querellante.

- *La reserva de la investigación:* Como consecuencia del principio de inocencia del imputado y del tratamiento como tal, la investigación debe evitar en lo posible las consecuencias negativas que supone, a ojos de la sociedad, el hecho de ser sometido a persecución penal. En esta línea, el artículo 314 del Código Procesal Penal establece el carácter reservado de las actuaciones y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, limita el derecho a la información así como el de presentación de imputados ante los medios de comunicación en salvaguarda del derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la intimidad.
- *El carácter excepcional de las medidas de coerción:* Las medidas de coerción limitan el derecho a ser tratado como inocente. Por ello, sólo se justifican cuando exista un real peligro de obstaculización en la averiguación de la verdad o peligro de fuga. Incluso dentro de las mismas, se dará preferencia a las menos gravosas (por ejemplo una medida sustitutiva antes que la prisión preventiva). En ningún caso las medidas coercitivas pueden utilizarse como una sanción o pena anticipada.

El Código Procesal Penal establece este principio en el artículo 14 y lo desarrolla a lo largo de ese articulado.

3. Culpabilidad

La culpabilidad constituye la reprochabilidad que en diferentes grados, es atribuible al infractor de una norma penal. Da lugar a un juicio de reproche, porque el sujeto que actúa en forma antijurídica puede actuar diversamente.

El responsable de un injusto penal típico, tiene necesaria e irremediamente que ser responsable, puesto que existe un nivel de susceptibilidad a ser sancionado o eximido de toda responsabilidad, de conformidad con el grado de reprochabilidad que resulte tener su acción.

Durante mucho tiempo el término de culpabilidad, fue visto desde un ángulo psicológico. Feuerbach hablaba de una "*causación psíquica del delito*"⁷. Aun así, la relevancia psicológica del tema de la culpabilidad, está precisamente en las dificultades que tenga el sujeto activo del delito en el momento de realizar la acción delictiva, puesto que si adolece de una discapacidad que afecte su raciocinio, entonces la ley lo toma como inimputable.

La culpabilidad "*presupone la capacidad de obrar de un modo distinto al que se actuó, y desde un punto de vista formal se materializa en un juicio de reprochabilidad hacia el sujeto que, pudiendo evitarlo, actuó de manera contraria a la que prescribe la norma penal*"⁸.

7. Ibid. Pág. 14.

8. Díez Ripollé, José Luis. Manual de derecho penal guatemalteco. Pág. 409.

9. Cerezo Mir, Jorge. Derecho penal parte general. Pág. 72.

Se trata de un elemento de delito, no importando si es uno positivo o negativo; sin embargo, la consideración de subjetivo es importante en cuanto a que se cree y sostiene actualmente que la culpabilidad esta derivado del nivel de conciencia que tiene un individuo a la hora de cometer un delito, relacionado con la reprochabilidad de la conducta. Se trata de una sub división de los elementos que conforman en este caso a la culpabilidad.

La culpabilidad está constituida por una conciencia o capacidad de obrar además de un componente de reprochabilidad. Ésta última se puede dividir en elemento intelectual "consistente en el conocimiento de la ilicitud del acto y elemento volitivo que consiste en la exigibilidad de la obediencia al mandato contenido en la norma"⁹. Las dos partes de la reprochabilidad están íntima y estrechamente relacionados al punto que se puede considerar a esta como una forma conciencia en el ser humano que comete un delito, por cuanto pudo obrar de otra forma y esto supone ya un conocimiento de la norma que establece la prohibición.

4. El Delito de Sustracción Agravada en el Código Penal

El delito de sustracción se encuentra regulado en ley, por virtud del cual quien sustrajere a un menor de doce años de edad o a un incapaz del poder de sus padres, tutor o persona encargada del mismo y lo retuviere contra la voluntad de estos.

La sustracción es agravada según estatuye el Artículo 211 del Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, si a partir de la sustracción el menor queda desaparecido.

5. Del delito de Sustracción Agravada, respecto el principio de Presunción de Inocencia establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala.

De acuerdo al texto legislativo del delito de sustracción agravada contraviene el principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala, lo cual se evidencia ya que su contenido contraviene lo dispuesto en la Constitución; y, siendo que el fundamento de la ley punitiva es la propia norma fundamental o fundante, para nuestro caso la Constitución Política de la República, si ésta contradice los postulados constitucionales, nos encontramos ante una norma inconstitucional, por lo tanto, carece de validez para su aplicación al caso concreto.

Sin embargo, dentro de la escala de valores,

esencialmente la libertad de las personas y sobre todo de los menores de edad y quienes gozan de una protección especial, preferencial, constitucional y convencional, por medio de las cuales deben ser protegidos contra cualquier forma de violencia y no pueden ser sometidos a tratos crueles, inhumanos o degradantes, por ello en estricto respeto del interés superior del niño en concordancia de la norma constitucional, deben adecuarse las normas a la observancia de las normas constitucionales, así como tratados y convenios internacionales aceptados y ratificados por Guatemala; y es de esa cuenta lo importante de este tema, ya que la propia Constitución establece una preeminencia en materia de derechos humanos, lo que equivale a darle dentro de la escala jerárquica de las normas, a los tratados en materia de derechos humanos un tratamiento de equiparlos en grado de igualdad (jerárquicamente hablando) respecto a la Constitución en donde al momento de ser ratificados los convenios o tratados en materia de derechos humanos por el Estado de Guatemala, pasan a ser considerados como derecho interno; y, por ende su regulación debe estar conforme a lo establecido en la Constitución Política de la República, en consecuencia a ello se debe respetar el principio de presunción de inocencia que en ella se regula.

Es por ello que el delito de sustracción agravada, por su forma de redacción, en relación a que el mismo dentro de su contenido normativo carece de los elementos positivos y negativos del delito; y, es confundido con los elementos accidentales del delito o circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que acompañan al delito y que no fundamentan su esencia o sus presupuestos imprescindibles.

Esas circunstancias accidentales o modificativas de la responsabilidad penal se predicen en dos sentidos:

1. Ontológicamente: Se relacionan a las particularidades de tiempo, lugar, modo o forma, condición, sujetos, bien jurídico tutelado, etc.
2. Funcionalmente: Que se encuentra enfocadas al papel accesorio, por consiguiente, no fundamentan el delito ni la pena, sino que ayudan a determinar la gravedad del delito y el quantum de la segunda.

En ese orden de ideas, debe atenderse que si se desconoce el paradero de la persona sustraída, puede servir para determinar mayor gravedad del delito.

Conclusión

En ese sentido, no se puede traducir la carga de la prueba en el sujeto activo la demostración del paradero de la víctima, porque ello equivale a la vulneración al principio de presunción de inocencia, de esa cuenta, el texto citado (que es el tema principal que se ha desarrollado dentro del presente artículo); debe ser modificado de tal manera que no constituya vulneración al principio constitucional de presunción de inocencia; y, que lógicamente tampoco implique desprotección a la persona sustraída; ya que como derecho fundamental, la libertad, debe ser atendida y protegida de tal manera que permita garantizar no solamente dicho derecho, sino también su existencia, es decir, su derecho a la vida y a la integridad física.

En ese sentido, debería modificarse el precepto legal, en el sentido de señalar: "En caso se desconozca el paradero de la persona sustraída, la pena se aumentará en dos terceras partes o el doble de la pena".

Referencias Bibliográficas

ABALOS, Raúl Washington. Derecho procesal penal. Editorial Ediciones Jurídicas Cuyo, Buenos Aires, Argentina, 1989.

BACIGALUPO, Enrique. Lineamientos de la teoría del delito. Ed. Ariel, Madrid, España, 1993.

BOVINO, Alberto. Temas de derecho procesal penal guatemalteco. Fundación Myrna Mack, 1era reimpresión, Guatemala, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de derecho penal parte general. 3ª. edición, Editorial Ariel, S.A. Barcelona, España. 1996.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario jurídico elemental. Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1993

CAFFERATA NORES, José I. Introducción al derecho procesal penal. Editorial Córdoba, Argentina, 1995

CLARIA, Olmedo. Tratado de derecho procesal penal. Tomo I, Tipografía de Buenos Aires, 1960.

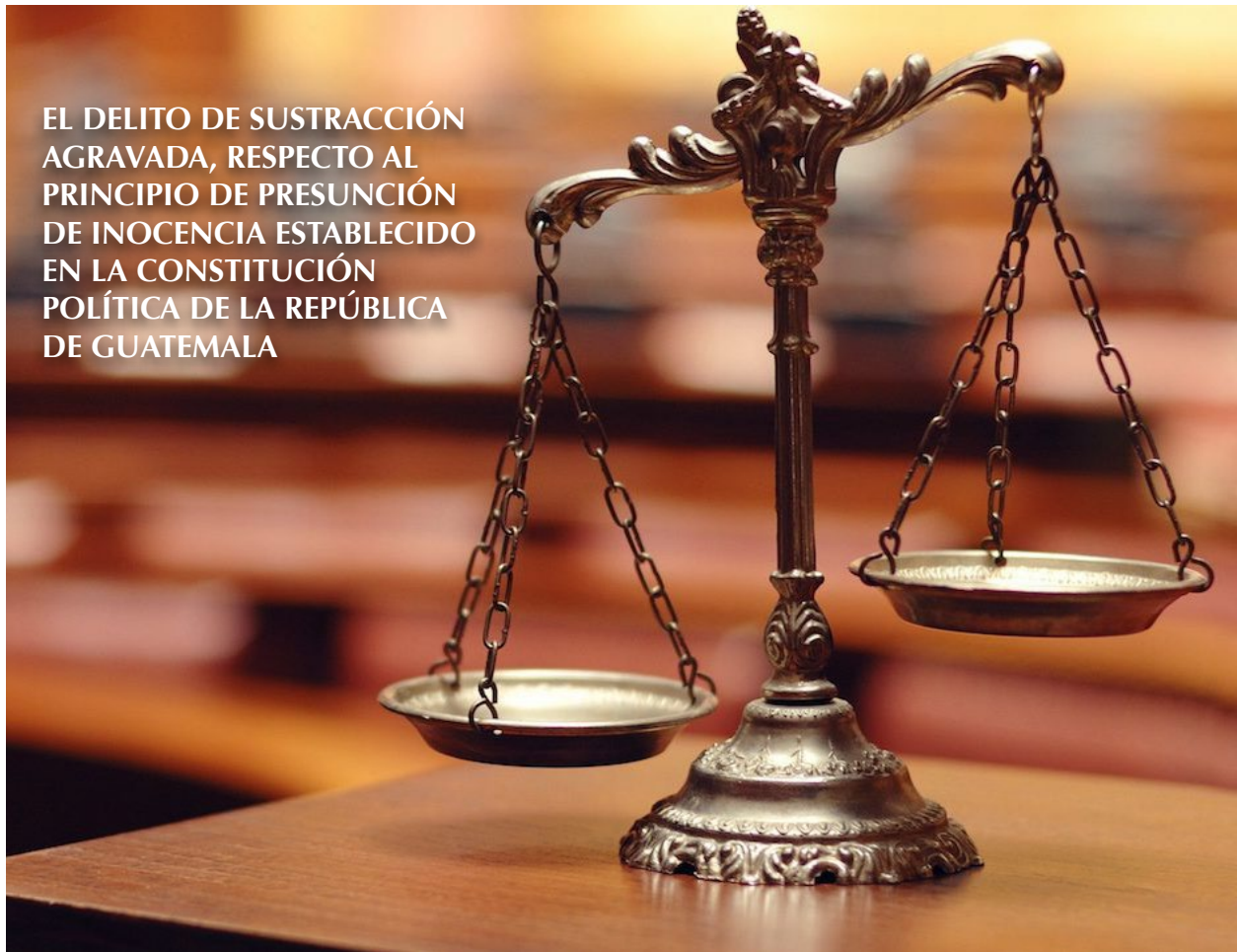
DE MATA VELA, José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco. Curso de derecho penal guatemalteco. Ed. Universitaria, Guatemala, 1998.

MAIER, Julio. Derecho procesal penal. Tomo I, Editores de Puerto, Argentina, 2a edición, 1996.

RAE. Diccionario de la lengua española. Ed. Espasa Calpe, Madrid, España, 2008.

VELEZ MARICONDE, Alfredo. Derecho procesal penal. Tomo I. Editores de Puerto S.R.L., Argentina 1996.

EL DELITO DE SUSTRACCIÓN
AGRAVADA, RESPECTO AL
PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN
DE INOCENCIA ESTABLECIDO
EN LA CONSTITUCIÓN
POLÍTICA DE LA REPÚBLICA
DE GUATEMALA





EL NOTARIO Y LA ESCRITURA ELECTRÓNICA

El autor es el único responsable del contenido íntegro del presente artículo

Magistrado

HÉCTOR ORLANDO GONZÁLEZ GARCÍA

Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso

Administrativo, Guatemala

El Notario y su relación con la informática

Los notarios para desarrollar el ejercicio de su profesión deben auxiliarse del uso de tecnologías para facilitar su funcionamiento; y de esa cuenta es que surge la importancia de realizar el presente trabajo a manera de poder desarrollar cuál es su alcance y los retos que la tecnología presenta a la función notarial.

“Uno de los temas a considerar es la interacción de dos sistemas jurídicos que tradicionalmente no son compatibles, pero que ahora, por cuestiones del comercio electrónico, han tenido que dejar de lado su independencia y buscar la compatibilidad entre ambos. La falta de una figura que brinde fe pública estatal a los actos ante él firmados, como lo es el notario latino, obligó a los países pertenecientes al common law a que, a efecto de dotar a los actos de seguridad jurídica, crearan la figura de los “prestadores de servicios de certificación (Aguilar Basurto, 2002, p. 354.) Dichos prestadores tienen una función más bien técnica, consistente en certificar que las firmas electrónicas pertenecen efectivamente al titular del certificado, pero hay que recalcar que los prestadores del servicio no son fedatarios públicos, ni tampoco los certificados se consideran documentos públicos. La fe pública es una atribución exclusiva de los notarios públicos, para los países integrantes del sistema del notariado latino (Aguilar Basurto, 2002, p.355.). Otro aspecto a considerar en este sentido es la función que tiene la firma autógrafa en los contratos tradicionales que están redactados en soporte en papel, y por otro lado la firma electrónica, en los documentos con soporte electrónico, que genera lo que conocemos como documento electrónico y que presenta la posibilidad de actuación del notario en su conformación (Aguilar Basurto, 2002, PP 355-357)”.

A este se puede considerar que en la modernidad los notarios se deben adaptar a las nuevas tecnologías y por ello existe una relación con la informática. Y de esa cuenta es que surge la idea de la escritura pública electrónica en su concepto de protocolo electrónico, en los cuales los documentos electrónicos se suscriban ante la fe del notario.

Para su incorporación es necesario tomar en cuenta diversos aspectos tecnológicos y jurídicos como el uso de la firma digital y otros temas de interés que se deben abordar; para que éstos documentos se autoricen por notario asegurando en el protocolo electrónico la inalterabilidad de la escritura pública, su autenticidad y seguridad.

La Identidad Electrónica

La identidad se puede considerar como un conjunto de rasgos que caracterizan al individuo o a un colectivo en un medio de transmisión electrónico; es decir, la identidad electrónica es un conjunto de los datos que identifican valga la redundancia, a la persona y que proporcionan información de ésta, mismos que se encuentran archivados y se transmiten a través de los medios electrónicos y se usan con el fin de identificar a una persona.

La identidad electrónica es un elemento esencial de la firma electrónica. La determinación de la identidad del signatario es uno de los requisitos para crear una firma electrónica válida.

Se dice entonces que la identidad es lo que permite a las personas físicas o jurídicas distinguirse, posibilitando que se vincule una información a una persona en concreto; esto hace de la identidad un dato clave que es utilizado para identificar o individualizar a las personas individuales o jurídicas en las relaciones, operaciones de naturaleza económicas, sociales y administrativas.

“El proceso de la gestión de identidades, se puede concretar en dos procesos fundamentales: 1. Identificación; y, 2) Autenticación” (PRICE, 2008, vol. 13, núm.2, págs. 95 – 103).

Firma digital

Conceptualización

“Se entiende por firma digital: “Aquella que se obtiene mediante aplicaciones tecnológicas en la que se utiliza criptografía asimétrica; también, denominada sistemas de cifrado de clave pública, para asegurar la autenticidad de los mensajes electrónicos y garantizar la integridad de su contenido. La firma digital se presenta de muchas formas, por ejemplo, firmas digitales infalsificables, firmas ciegas y firmas digitales irrefutables. Las firmas digitales se crean, usando un sistema de criptografía (CNUDMI/UNCITRAL, 2009, párr. 26.) asimétrica o de clave pública, de manera que una persona que disponga de la clave pública puede establecerse cuando la transformación se realizó utilizando la clave privada del firmante que corresponde a la clave pública del firmante es decir se da la autenticación; así mismo los datos del firmante no han sido alterados (integridad). Y por últimos enviar mensajes secretos a través de canales inseguros como Internet: utilizando la clave pública del destinatario, de conocimiento público, el remitente puede estar seguro de que sólo el destinatario, el tenedor de la clave pública, puede descifrar el mensaje (confidencialidad). El uso de la firma digital, como medio de autenticación, está condicionado a la posibilidad de que el receptor tenga garantía de la autenticidad de la clave usada, para verificar la firma. Una firma digital verificada, con una clave pública, únicamente garantiza, que el mensaje ha sido firmado por el poseedor de la correspondiente clave privada, pero no garantiza la identidad del poseedor de la clave privada, que puede ser un poseedor ilegítimo”. (MARTÍNEZ NADAL, A.: *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación, Madrid, 2000, págs. 34 y ss*)”.

Así pues, un juego de claves, usado para crear una firma digital, no tiene una intrínseca asociación con nadie, ya que el par de claves, pública y privada, no tiene asociación intrínseca con ninguna persona, es, simplemente, un par de números.

“La firma digital es emitida durante un periodo de validez concreto. Cuando el certificado caduca o se revoca la clave pública, pierde dicha validez, aunque el par de claves no esté en entredicho. Por ello, este tipo de firmas electrónicas requiere un sistema de gestión, para que la firma siga disponible a lo largo del tiempo. (MARTÍNEZ NADAL, 2001, núm. 1, págs. 1 -23)”.

Conclusión

1. El Internet es la máxima expresión del comercio que se da tanto a nivel nacional como internacional, donde se producen nuevas formas de comunicación, información y comercialización. Y es de esa cuenta que se hace necesario regular a los ordenamientos jurídicos vigentes, dicho fenómeno de la tecnología; pues al observarlo, se puede apreciar que el Internet es que posibilita la conexión y comunicación con millones de personas y con todo tipo de ordenadores, tecnología ésta que se debe utilizar por los notarios, para hacer más ágiles y eficaces los contratos, negociaciones o transacciones que se den vía internet.
2. La Criptografía es una tecnología orientada a la solución de los problemas relacionados con la autenticidad y la seguridad, y provee los recursos idóneos para ello; por lo que la regulación de la fe pública electrónica o digital nos otorgará una mayor credibilidad y garantía en la autenticación de los documentos y contratos que se realicen o transmitan de manera virtual, por lo que para ese efecto es necesario la función del notario y de la escritura pública digital o electrónica.

3. El soporte físico o electrónico de un documento debiera ser indistinto, pues lo que convierte a un documento en escritura pública es la actividad del notario que delegada por el Estado, y es desarrollada con intermediación con los comparecientes; y por medio de la escritura pública digital el notario sigue respondiendo a éstos objetivos, identificando en el momento de la contratación a los comparecientes, asesorándolos y utilizando para dar fe su Firma Electrónica digital Avanzada; y esto conlleva el otorgarle un mayor grado de seguridad, con el fin de garantizar la autenticidad y certeza jurídica del contrato o transacción que se realice vía internet.
4. La transición papel a documento electrónico debe ser de manera mesurada, sin embargo, tiene que suceder de acuerdo a la evolución de la sociedad y de la informática. Pues si bien es cierto que debido a la vasta gama de información jurídica digital puesta actualmente a disposición de los notarios a través de la internet y con la necesidad de ampliar su esfera de conocimiento y extender sus funciones más allá de lo común y experimentar nuevos campos para mejorar la función notarial; y con el surgimiento del comercio electrónico como nueva modalidad de contratación por medios digitales; los notarios requieren que la intervención notarial sea más moderna y se adapte a los nuevos cambios que trae consigo la tecnología y la informática en el campo del derecho, es por ello que sería de gran beneficio que los instrumentos públicos, sean redactados y posteriormente manejados para su inscripción por medios electrónicos y posterior cumplimiento de las obligaciones post escriturarias, es por ello que los notarios realizarían una función digital haciéndose necesaria la intervención del notario convirtiendo al profesional del derecho en un cibernotario con una fe pública digital y por ende la creación de contratos electrónicos, transformando la función notarial actual a una función digital.
5. Es por ello que el objetivo de esta investigación es dar a conocer los beneficios brindados por la internet al que hacer notarial como una herramienta para hacer la función notarial más ligera, aprovechando al máximo los recursos informáticos dentro de la oficina; es así como la internet es de gran ayuda para los notarios al desarrollar la función notarial, ya que al navegar por la internet se puede obtener información al instante, consultar legislación tanto nacional como extranjera, hacer análisis comparativos del avance de otros países con respecto a la función notarial, consultar los encuentros y congresos en lo que a Derecho Notarial corresponde, es así que la internet ofrece a los notarios magníficos recursos y dentro de ellos también se encuentra el uso de las páginas web.
6. Los medios electrónicos permiten tener la plena certeza jurídica y seguridad a las personas que participan en un contrato celebrado a través de estos medios; puesto que la escritura pública electrónica otorgaría mayor facilidad a que los notarios de distintos Estados puedan comunicarse, con el fin de celebrar contratos electrónicos entre otorgantes que se encuentren en sus respectivas demarcaciones territoriales, y así como la posibilidad de verificar los documentos públicos electrónicos que ante ellos se presenten, a través de la fe pública digital y firma electrónica del notario.

Referencias Bibliográficas

1. Libros

AGUILAR BASURTO, Luis. La función notarial. México, Ubijus, 2015.

ÁLVAREZ CIENFUEGOS SUAREZ, M. J^a: La firma electrónica y el comercio electrónico en España. Comentarios a la legislación vigente, Madrid, 2000. Pág. 79.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "Jurisprudencia española y comunitaria de derecho internacional privado", Revista de Derecho Internacional Española, 2005, vol. LVII, 2.

ARREDONDO GALVÁN, Francisco Xavier, Proyección del Notariado Mexicano hacia el siglo XXI. México, OGS Editores, 1998.

CLIFFORD NEUMAN, B.; TS'Ó, T.: "Kerberos: An Authentication Service for Computer Networks", IEEE Communications Magazine, septiembre, 1994, vol.32, núm.9.

CNUDMI /UNCITRAL: Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, Nueva York, 1999.

CNUDMI/UNCITRAL: Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónica, Viena, 2009.

FAZ DEVILLE L, SASSI M., "Archivo Electrónico: La Edad de Oro de José Martí", ILC-CNR, S.T.A.R. Sassi M Faz Deville I. Pisa, 1997.

GALLARDO ORTIZ, Miguel Ángel, "Criptología; Seguridad Informática y Derecho. Leyes del Ciberespacio", Miguel Ángel Gallardo Ortiz. Informática y Derecho nº 4, UNED, Centro Regional de Extremadura, Aranzadi, Mérida, 1994, págs. 473 a 480.

LEÓN TOVAR, Soyla H, La Firma Electrónica Avanzada, México, Oxford, 2006.

MARTINEZ NADAL, A.: Cometarios a la ley 59/2003 de Firma Electrónica, Madrid, 2009.

MARTÍNEZ NADAL, A.; FERRER, J.L.: "El problema temporal del sistema de certificados en el comercio electrónico", Revista de la Contratación Electrónica, enero 2001, núm. 1.

MARTÍNEZ NADAL, A.: "Comentarios sobre la regulación de la firma electrónica", Partida doble, núm. 106, 1999.

MARTÍNEZ NADAL, A.: Comercio electrónico, firma electrónica y autoridades de certificación, Madrid, 2000.

MARTINEZ NADAL, A.: Cometarios a la ley 59/2003 de Firma Electrónica, Madrid, 2009.

MARTÍNEZ NADAL, A.; FERRER, J.L.: "El problema temporal del sistema de certificados en el comercio electrónico", Revista de la Contratación Electrónica, enero 2001, núm. 1.

NAVA, Alberto Enrique (coord.), El Derecho en la era digital, México, Porrúa, 2013.

PEREZ PEREIRA, M^a.: Firmas Electrónicas: Contratos y Responsabilidad Civil, Navarra, 2009.

PONTEN, J.: "Session IV: Single Window Solutions - Best Practice and Challenges for the Future", UNCITRAL Colloquium on Electronic Commerce, Nueva York, 14 - 16 de febrero, 2011.

PRICE, G: "The benefits and drawbacks of using electronic identities", Information Security Technical Report, mayo, 2008, vol. 13, núm, 2.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, Madrid, 2001.

TER HAH LENG: "E – Commerce: new law on e- commerce: Singapore", Review Computer Law & Security Report, 1999, núm. 1, vol. 15.

THE WHITE HOUSE (Office of the Press Secretary): Joint Statement from Australia and the United States on electronic commerce, 30 de noviembre 1998.

EL NOTARIO Y LA ESCRITURA ELECTRÓNICA



ASOCIACIÓN ILÍCITA COMO PUERTA DE ENTRADA AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Magistrado

Dr. LUIS MAURICIO CORADO CAMPOS

Sala Segunda del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Guatemala



Presentación

El objeto central del presente artículo es un análisis sobre la figura de la asociación ilícita y el derecho penal del enemigo. Se dice que este tipo delictivo permite o facilita una tendencia en la política criminal hacia el endurecimiento de las penas y por ende hacia el derecho penal del enemigo, sin embargo esto puede verificarse con un estudio adecuado de la figura en cuestión.

Lo cierto es que el derecho penal del enemigo constituye una forma de derecho penal excepcional, puesto que se presenta como una forma de reacción homónima del Estado frente a la delincuencia, pero limitando las garantías constitucionales que cimientan el estado de derecho. Por ende, el Estado no cumple a cabalidad su función de ente garante de aspectos elementales del ser humano, sino que más bien lo ataca como a un enemigo.

El Código Penal guatemalteco, Decreto 17-73 del Congreso de la República establece una política criminal desde el punto de vista jurídico, que puede ser adecuado a los derechos fundamentales, pero los constantes cambios a este, en especial hacia el endurecimiento de penas, no.

Se presenta entonces, el estudio que trata de analizar estas dos temáticas desde un punto de vista técnico y especialmente con la objetividad que permite la dogmática penal moderna al servicio, aunque cueste trabajo aceptarlo, del enfoque criminológico.

Introducción

La asociación ilícita, como una forma del delito colectivo, permite aplicar una serie de nuevas tendencias en el derecho penal, que peligrosamente abren la puerta a un tipo de derecho penal excepcional.

La aplicación de un derecho penal excepcional, con limitaciones a las garantías constitucionales, justificado únicamente sobre la base de una política de endurecimiento de penas, y la exacerbación de los límites dentro de los cuales debe actuar el Estado en uso de su facultad de penar.

Este tipo de derecho penal, no es aceptable especialmente para aquellos que aprecian los sistemas garantistas y facilitadores de la democracia.

En consecuencia el presente estudio se divide en cuatro temas principales, siendo el primero, el tema del delito colectivo. El segundo, versa sobre la asociación ilícita, mientras que los dos restantes constituyen el esfuerzo

por determinar cómo el Derecho Penal del Enemigo, (que queda expuesto en el tema tercero de este estudio), es aplicable a partir de la regulación de la asociación ilícita como delito.

1. El delito colectivo

Cuando son varios los participantes en un delito, y todos actúan en coautoría, porque antes se han puesto de acuerdo y concertado en cuanto a su consumación del ilícito y por lo tanto, aunque burda constituye la repartición de papeles y roles que desempeñaran en la realización desde el punto de vista material.

El delito colectivo si ciertamente, en forma provisional puede ser tomado como una forma de participación en el delito, deja de serlo cuando los autores se convierten en una pareja, o grupo que delinquen habitualmente y como consecuencia de una consigna grupal.

Al respecto de delito colectivo, Guillermo Cabanellas señala: “El llevado a efecto por dos o más personas contra un tercero o contra varios, pero siempre con desproporción considerable de fuerzas a favor de los agresores¹”.

Las formas que adopta un delito colectivo son: la pareja criminal, la asociación de malhechores y la secta criminal, en todos éstos, la presencia de la premeditación en la realización de sus acciones ilícitas, es un principio que nos permite diferenciarlas del delito de muchedumbres y encasillarlas en el lugar de los delitos colectivos.

La diferencia concreta y tangible entre delito de muchedumbre y delito colectivo es básicamente la intención que hace surgir un plan entre los participantes en un delito colectivo, contrastando con la casualidad, eventualidad y homogeneidad del grupo que compone una acción con la que se nombra al delito de muchedumbre.

El delito de muchedumbre tiene una amplia semejanza con la secta criminal, puesto que según Luis Jiménez de Azúa: “De la secta criminal a la muchedumbre delincuente el paso es corto. Éste es el fenómeno más agudo y típico de delito colectivo. Pero exige tratamiento propio. Hay a veces, más o menos visibles, conductores y conducidos, pero... en la mayoría de casos no pueden señalarse. Existe un estímulo que provoca la sugestión y el contagio con que se identifican los individuos reunidos, y todos son a la par, caudillos y arrastrados²”.

Por tales señalamientos, queda categóricamente establecido que las figuras de delito de muchedumbre y delito colectivo son muy parecidas pero no son idénticas una con la otra. La definición de muchedumbre que nos brinda el Diccionario de la Lengua es: “reunión de gran número de personas³”.

Se puede definir en tal sentido a la muchedumbre como el conglomerado de personas, sin embargo, el elemento que lo torna aplicable a nuestro caso es el de que dicho conglomerado no tiene un fin común hasta el momento en que perpetran un ilícito. De tal suerte, que no los impulsa ni la causalidad ni un estado emotivo generalizado.

La pareja criminal es la forma más reducida en cuanto a número de participantes del delito colectivo, y debe entenderse como se dijo, como una pareja que se propone y consume un delito. Luis Jiménez de Azúa señala que: “La forma más simple y embrionaria del crimen colectivo es la pareja criminal (en la que siempre hay uno que domina íncubo y otro que es sugestionado súcubo⁴)”.

La llamada asociación de malhechores, se establece a partir de la pareja criminal, es decir, tres delincuentes en adelante son ya una asociación criminal. “La segunda manifestación del delito colectivo, la asociación de

malhechores. La sugestión, con un íncubo o conductor, y varios súcubos o conducidos, es el fenómeno que las explica⁵”.

La secta criminal también es una asociación criminal, sin embargo lo que la hace diferente de ésta es el hecho de llevar a cabo sus acciones creyéndolas constitutivas de fines sociales o altruistas. Es decir que la secta criminal surge desde el momento en que el grupo de responsables se propone un delito creyéndolo una causa justa o un mal necesario para lograr un resultado noble.

“El tercer lugar en el estudio del crimen colectivo lo ocupa la secta criminal que es la forma crónica de la muchedumbre delincuente⁶”.

Ejemplos de secta criminal la encontramos en organizaciones como la del KuKluxKlan, entidad terrorista secreta creada en los estados sureños de Estados Unidos durante el periodo de la Reconstrucción que siguió a la Guerra Civil estadounidense y que se extendió geográficamente en el siglo XX. El Klan original fue fundado en Pulaski (Tennessee, Estados Unidos) el 24 de diciembre de 1865, por seis antiguos oficiales del Ejército Confederado que dieron a su sociedad un nombre adaptado de la palabra griega kuklos ('círculo'). Aunque la organización tuvo en sus comienzos un carácter social de tipo lúdico, sus actividades pronto se dirigieron contra los gobiernos republicanos de la Reconstrucción.

El 17 de mayo de 1954, el Tribunal Supremo de Estados Unidos dictaminó que la segregación racial en las escuelas y colegios públicos era inconstitucional. Esto incitó al Klan a nuevos actos de violencia y a tratar de incrementar sus filas, pero no contribuyó a su unidad interna, ni a aumentar el número de sus miembros.

A finales de la década de 1950, a medida que ganaba fuerza el movimiento a favor de los derechos civiles y empezaba a disminuir la resistencia a la integración en todo el Sur, el Klan continuó oponiéndose tenazmente a dichos programas y continuó realizando actos de violencia racial, intimidación y represalias. Tras promulgarse la Ley de Derechos Civiles de 1964, experimentó un notable aumento de miembros, llegando a contar en 1965 con unos 45,000.

A mediados de la década de 1970 el Klan había recuperado cierta popularidad en el Sur. Algunos de sus miembros reconocidos se presentaron como candidatos a cargos públicos, obteniendo gran número de votos. En esos momentos, existían aproximadamente unas 15 organizaciones distintas. A finales dicha década resurgió una oleada de violencia y en 1980 el Klan abrió una delegación en Toronto (Canadá). Se calcula que contaba con 5.000 miembros a finales de la década.

1. Cabanellas De la Torre, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Pág. 116

2. Jiménez de Azúa, Luis. Ob. Cit. Pág. 350.

3. Diccionario de La Lengua Española. Pág. 885.

4. Jiménez de Azúa, Luis. Ob cit. Pág. 886.

5. Ibid. Pág. 887.

6. Jiménez de Azúa, Luis. Ob cit. Pág 888.

Un antiguo gran brujo del Klan, David Duke, fue elegido para la Cámara de Representantes por Luisiana en 1989. En 1991 se presentó a las elecciones estatales para gobernador pero no tuvo éxito

Habiendo explicado las variedades de clases del delito colectivo, se puede ahora establecer que ciertamente puede tipificarse como delito aquellas conductas que siendo comunes a un grupo pueden lograr la ilicitud en todos. Por lo tanto, el delito colectivo si es una figura delictiva propiamente dicha, por lo que su naturaleza jurídica es la de ser un ilícito penal.

2. La asociación ilícita

El problema objeto de estudio en la presente investigación, lo constituye la institución penal de las asociaciones ilícitas. Su regulación legal en algunas leyes y decretos en Guatemala, no se dio de forma que se respetara el tema del delito colectivo, del cual proviene; y, todos los avances dogmáticos que éste último ha adquirido en la doctrina.

La regulación legal de las asociaciones ilícitas debe corresponder con el delito colectivo desarrollado por la doctrina, pero en las leyes guatemaltecas que lo contienen, no es así. Por ello se producen concepciones erróneas tales como, contemplar como delito la conspiración; considerar a la asociación ilícita como una derivación de la organización delincuenciales o, el uso incorrecto de términos como crimen organizado y asociación ilícita, confundiéndolos como sinónimos.

La conspiración es una fase inicial del delito, no un delito como tal. Concebirlo así, como lo regula el Artículo 3 del Decreto 21-2006, del Congreso de la República de Guatemala, Ley Contra La Delincuencia Organizada, constituye una peligrosa forma de volver punible las fases iniciales del delito. Peligrosa por cuanto puede violentar principios y garantías constitucionales, al permitirle al Estado aumentar la esfera de su *iuspuniendi*, contradiciendo la condición de garantista que tiene desde la puesta en vigencia del Código Procesal Penal, que nació con ese espíritu (el de volver más humana la justicia penal y no más represivo al Estado). Para estos efectos, basta citar a Juan Bustos Ramírez, quien señala: “no se puede confundir la conspiración con la asociación ilícita, ya que esta tiene un carácter estable y es para la comisión de delitos indeterminados”.

La asociación ilícita no puede ser una derivación de la organización delincencial, sino al revés. El fenómeno de la delincuencia, no provoca las asociaciones ilícitas, sino más bien las asociaciones ilícitas generan la organización delincencial.

Valga el ejemplo, no se hace un equipo para formar hombres, sino que se forman hombres, para hacer equipos. En el cuerpo de leyes mencionado, (Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala),

es claro que el continente es la delincuencia organizada y el contenido la asociación ilícita, lo cual equivale a decir que como está organizada la delincuencia surgen asociaciones ilícitas, lo cual no es cierto, porque primero se forman las asociaciones ilícitas y con ello se está organizando la delincuencia.

La problemática que se genera con este error de concepción, es lo que provoca leyes que contradicen los adelantos dogmáticos y penales, y esto lleva a una política criminal del Estado, poco adecuada.

Crimen organizado y asociación ilícita, tampoco son sinónimos, sino que el primero es un calificativo de lo segundo, es decir una característica.

El Decreto 48-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Contra la Narcoactividad, tampoco constituye la forma adecuada en que se regula una asociación ilícita.

En contraste con todo lo mencionado, el delito colectivo, estudiado y desarrollado en la doctrina, ofrece una forma más técnica y científica de concebir el tema y de enfrentar la problemática que suscita el fenómeno de la asociación ilícita. Establece por ejemplo, que una asociación ilícita no se constituye para delinquir en un ámbito estrecho y delimitado como la narcoactividad.

No se constituye únicamente para efectos del lavado de dinero, o para cualquier delito societario (de sociedad anónima) en particular, sino más bien la constitución de estas entidades en organizaciones delincuenciales va más allá, “para la comisión de delitos indeterminados”.

En consecuencia, si se tiene la norma tan restringida, como la regulada en el Artículo 4 de la Ley contra la delincuencia organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, *asociación ilícita*, entonces, los entes encargados de la persecución penal, se verán restringidos a esperar que la organización actúe con base en tales hechos, y no para cualquier delito indeterminado.

Por ejemplo, se tiene a una banda asociada para secuestros, y resulta que un proceso, el ente acusador no tiene las suficientes pruebas para lograr su condena por delito de secuestro, si podría al menos demostrar otros fines ilícitos que se presentaron en concurso real o ideal, ligados al delito de plagio o secuestro.

Si lo que se persigue es a la pareja criminal o a la asociación o secta, con independencia de los delitos para los cuales están organizados, se podrá combatir de mejor forma a tales organizaciones de delincuentes.

Los mencionados son tan sólo algunos aspectos que provocan problemáticas específicas en la regulación legal de las asociaciones ilícitas, los cuales pueden ser profundizados de mejor manera por medio de una investigación.

3. El derecho penal del enemigo

El derecho penal del enemigo es un derecho penal excepcional puesto que reduce las garantías constitucionales, y permite la ampliación de la aplicación de una política criminal de endurecimiento de penas y en suma de una intervención aún mayor del Estado porque aumenta su intromisión en la vida de los ciudadanos.

Se trata de un forma de recortar los derechos procesales de los acusados, y de aumentar las sanciones aun y cuando no lo justifique del todo el bien jurídico tutelado.

En ese sentido, el derecho penal del enemigo, denominado así por el autor GüntherJakobs, constituye una excepción a las garantías constitucionales y se convierte en una especie de estado de excepción, en sociedades como la guatemalteca en que se ha intentado seguir el modelo de estado liberal. No hay que perder de vista que fue bajo el este tipo de organización estatal que surgieran las constituciones y especialmente las garantías constitucionales.

Al respecto Muñoz Conde indica: “Con el (el derecho penal del enemigo) el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, más allá de la idea de proporcionalidad, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico. Un panorama sin duda duro y desolador, pero, según dice el (GüntherJakobs), inevitable, pues se trata de la imposibilidad de una juridicidad completa, es decir, contradice la equivalencia entre racionalidad y personalidad⁷.”

4. La asociación ilícita como puerta a la aplicación del derecho penal del enemigo

La asociación ilícita es cometida por una persona cuando éste, participe o integre asociaciones del siguiente tipo:

1. Las que tengan por objeto cometer algún delito o después de constituidas, promuevan su comisión; y,
2. Las agrupaciones ilegales de gente armada, delincuencia organizada o grupos terroristas. Este delito será sancionado con pena de seis a ocho años de prisión, sin perjuicio de las penas asignadas a los delitos cometidos.

Como es evidente, este delito conduce a procesar a sujetos por estos dos motivos, independiente uno del otro, puesto que no puede haber una persona que constituye una asociación para cometer un delito y luego algo muy distinto que la gente sea únicamente armada. En este último supuesto la persona únicamente tiene que formar parte de una agrupación armada, aun cuando el motivo para portar arma en grupo, sea diferente es decir de uso defensivo o para caza etc.

Esta forma de sancionar conductas no es más que la aplicación del derecho penal del enemigo.

En consecuencia, el Estado de Guatemala de conformar una comisión e penalistas, para determinar las violaciones a derechos y al principio de teoría del delito por el que se construye un tipo penal en Guatemala.

Referencias Bibliográficas

Bacigalupo, Enrique. **Teoría del delito**, Ed. Universitaria, Guatemala, 2005.

Bustos Ramírez, Juan. **Manual derecho procesal penal**, Ed. Ariel, España, 1993.

Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**. Ed. Casa Bosch, Barcelona, España, 1947.

De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. **Curso de derecho penal guatemalteco**, Ed. Universitaria, Guatemala, 1998.

Enríquez Cojulún, Carlos Roberto. **Manual de derecho penal guatemalteco**. s.E. Guatemala, 2008.

Jimenez de Azúa, Luis. **Lecciones de Derecho Penal**, Ed. Harla, México, DF, 1998.

Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. **Derecho Penal Parte General**, Editorial Tiran Lo Blanch, Valencia, España, 1993.

Reynoso, Eleuterio. **Derecho penal general**. Ed. Universitaria, Guatemala, 1988.

7. Muñoz Conde, Francisco. De nuevo el derecho penal del enemigo. Pág. 123.

INOBSERVANCIA DEL PLAZO CONSTITUCIONAL DE 24 HORAS, PARA LA PRIMERA DECLARACIÓN DEL DETENIDO

El autor es el único responsable del contenido íntegro del presente artículo



Magistrado

MARIO OBDULIO REYES ALDANA

Sala Segunda de Trabajo y Previsión Social,
Guatemala

Primera declaración de las personas, como sindicadas, de un delito

La detención de una persona, en el territorio guatemalteco, sindicada de un acto delictivo, conlleva, a que esta deba prestar su declaración, ante un juez competente, en un plazo, que no sobrepase las 24 horas, de acuerdo a lo que para el efecto ha señalado el artículo 9. De la Constitución Política de la República de Guatemala, "Interrogatorio a detenidos o presos. *Las autoridades judiciales son las únicas competentes para interrogar a los detenidos o presos. Esta diligencia deberá practicarse dentro de un plazo que no exceda de veinticuatro horas*".

Esta orden Constitucional, es la que menos se cumple, en el proceso penal guatemalteco, puesto que siempre se le escucha, en un plazo superior al que indica la Constitución y muchas veces pasan días o semanas, para ser indagada judicialmente.

El espíritu de la norma consiste, en que una persona pueda estar detenida, el menor tiempo posible, para ser interrogada por la comisión de un hecho delictivo, sin embargo, dicho plazo se vuelve extremadamente prolongado. Ya que los juzgadores, no dan cumplimiento a dicha normativa, que también encuentra su fundamento, dentro del marco legal de protección de los derechos humanos en los diferentes convenios como tratados Internacionales, ratificados por Guatemala, que protege, el derecho a declarar, en el mínimo lapso oportuno.

Hay casos más preocupantes, y son, los de las personas indígenas, que no hablan el idioma español, sino un idioma maya, garífuna o xinca, pues permanecen, más del tiempo, que estipula, se les castiga con un encarcelamiento injusto por el mismo hecho de ser indígena y no hablar el idioma español y su situación es más gravosa, porque deben esperar a tener un intérprete o traductor, para dicha diligencia.

Razón por lo cual, se analizan algunos instrumentos internacionales, en materia de derechos humanos, que protegen a la persona detenida, así también lo preceptuado en la Constitución, Doctrina Legal, y el ordenamiento ordinario que regula al Proceso Penal, en cuanto a un plazo prudencial, para realizar la audiencia de primera declaración.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En el ámbito de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en su regulación es muy clara, al especificar cómo debe ser tratada una persona, que es detenida por la comisión de un ilícito penal, que no puede quedar detenida en forma arbitraria, que debe de resolverse su situación legal, en un plazo razonable, y puesta ante juez competente, a la brevedad posible.

De acuerdo al Artículo 9. "1. *“Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta...”*

"...2. *Toda persona detenida será informada en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella...*"

"...3. *Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo...*"

“...4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal...”.

Al hacer un análisis de todos los numerales del Artículo 9, que se ha descrito, podemos decir, que las personas, nunca son escuchadas en declaración indagatoria en el plazo razonable, a lo cual, se ven imposibilitados de acudir al juzgador para que le pueda resolver su situación legal, y al analizar la presente norma del pacto, dice, que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general; sin embargo el juzgador, ha hecho mal uso del ordenamiento legal, al no resolverles la situación procesal, en plazo que para el efecto le señala la Constitución.

El sistema, está encaminado, a criminalizar a las personas que son detenidas, sin que hayan sido escuchadas, en su primera declaración, para saber si con los indicios o evidencias que hay, puedan ser suficientes, para decretar, ligar a proceso penal y a prisión preventiva a una persona.

En su Artículo 14. “(...) 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; (...)”

Esta norma, conlleva el respeto a los derechos humanos de las personas en cuanto a acceder a la justicia penal en forma inmediata, y que debería ser de observancia general, para los juzgadores, en cuanto a las primeras declaraciones, cuando las personas son detenidas.

No obstante, los jueces manifiestan en sus resoluciones, que solamente se les hace saber el motivo de su detención, situación que provoca que la persona, quede detenida por más de ese plazo, ya que es una forma ilegal, para dejar detenida a una persona, en virtud, que en el ordenamiento legal guatemalteco, no existe ningún artículo, que los jueces puedan invocar, para aplazar las audiencias, de primera declaración, para solamente hacerles saber el motivo de su detención.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

En dicha Declaración hay un ordenamiento legal que vela, también, por los derechos humanos de las personas, no pueden quedar excluidas de una aplicación de justicia pronta y cumplida, sin discriminación alguna, como lo establece el siguiente artículo.

Derecho de justicia. Artículo XVIII. “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

Al analizar los supuestos de este artículo, es de reflexionar en lo que ya se ha repetido, es que, como se vulnera el artículo 9 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en el momento que una persona, no es atendida por la justicia penal en el plazo que para el efecto se ha dispuesto, que son veinticuatro horas, es decir, que se está violentando los Derechos Humanos de las personas detenidas.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos

Uno de los Convenios más aplicados en el Sistema de Justicia en Guatemala es este, por el principio de Convencionalidad, en todos los procedimientos penales, siempre ha sido parte de la fundamentación, primeramente, porque es protector de los Derechos Humanos, y posteriormente porque es específicamente para países del continente americano, se analizan las garantías judiciales, que la Convención resguarda para las personas que son detenidas, y los derechos, que les asisten a las mismas.

La Convención Americana de Derechos Humanos en su Artículo 8, Garantías Judiciales. Indica “(...) 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (...)”

Este Convenio, hace énfasis, en que la persona detenida, sindicada de un hecho, que podría ser constitutivo de delito, deberá ser escuchada u oída, en un plazo razonable, de igual forma hace acento, en que, si no puede hablar el idioma oficial en este caso el español, deberá contar con un traductor o intérprete, y de gozar de un abogado defensor.

Siempre se hace hincapié, en que las personas deberán ser escuchadas en tiempos razonables, y como dicho plazo, varían en todos los países, por eso no hace alusión a un tiempo específico; sin embargo, debe interpretarse, que debe ser como está regulado en cada Estado, y en Guatemala, está ordenado en la Constitución Política de la República de Guatemala, que es de 24 horas.

Se debe tomar en cuenta, que el ordenamiento legal internacional, protege y garantiza el plazo, en que debe

de ser escuchada una persona, para que preste su primera declaración indagatoria, es más no hace ninguna diferencia, en cuanto a que si la persona, no sabe hablar el idioma del juzgador, se tenga que esperar para encontrar el recurso de un traductor o intérprete, la fundamentación sobre Derechos Humanos, es más que clara, pues protege el derecho que le otorga la Constitución a ser escuchada en el plazo estipulado.

Dicha convención, lo que pretende, es que cada Estado, tengo un plazo considerable, para atender, a una persona que ha sido detenida, por sindicarse de un hecho delictivo, y para el efecto, la Constitución Política de la República de Guatemala, lo establece en su artículo 9.

Doctrina Legal Constitucional

Fuera de ese contexto, la misma Corte de Constitucionalidad, ha expresado dentro de su Doctrina Legal, en cuanto a dicho plazo lo siguiente:

Expediente 4505-2011, sentencia de fecha 11-12-2012, que, "(...) Estos tiempos, por precarios que parezcan dentro de una realidad de sobrecarga de asuntos a resolver (algunos que exigen la inmediatez personal del juez) no exime para que se cumpla con ellos, por tratarse de derechos públicos subjetivos de razonable exigibilidad. La normativa constitucional y la legal persiguen que la detención preventiva o cautelar se prolongue lo menos posible, articulando para ello medidas que, de no ser por conductas específicas, permiten en general un régimen de libertad controlada mediante las denominadas medidas sustitutivas, a fin de hacer prevalecer los valores de la libertad y de presunción de inocencia (...)"

Expediente No. 73-00 sentencia del 25-07-00 No. 285 Gaceta No. 57. "(...) Que aunque el plazo sea tan precario, no exime al juzgador para que se cumpla con ellos, por tal motivo, es de hacer notar que esta norma legal internacional en materia de derechos humanos es la que más es violentada por los juzgadores al no haber ninguna voluntad de cumplirla y máxime cuando se han planteado recursos de protección constitucional como lo es la Exhibición Personal, que es para garantizar los derechos que la Constitución otorgan a todos los guatemaltecos, sin hacer ninguna distinción en cuestiones de raza, color, origen o idioma y sin embargo no se ha obtenido ningún resultado positivo. (...)"

Es decir que existen mecanismos legales, para evitar, que una persona pueda permanecer, más tiempo del plazo estipulado, para que se le pueda escuchar en su primera declaración, sin embargo, esto no sucede, en Guatemala, ya que por la saturación de casos que hay en sistema Penal, no da tregua para cumplir con el plazo, que estipula la Constitución Política de la República de Guatemala.

Los Juzgadores, que tienen este compromiso, con la Justicia Penal en Guatemala, se limitan en todos los casos

a indicarles como ellos dicen, hacerles saber únicamente el motivo de su detención, haciendo alusión lo que para el efecto señala el Artículo 6. Constitucional. Detención Legal. *"Ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente... Los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas, y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad..."*

Esta norma, es clara, que cuando una persona es detenida por la Policía Nacional Civil, debe ser puesta, en el plazo de 6 horas, ante juez competente y otra circunstancia, es que el juez debe cerciorarse que efectivamente lo pongan a disposición de la judicatura, en ese tiempo como máximo, pues puede ser en menor tiempo. Pero la norma no exime de responsabilidad al juzgador, para que no se pueda dar cumplimiento a lo que estipula el artículo 9. Constitucional, que el plazo para escuchar a una persona en su primera declaración es de 24 horas.

Código Procesal Penal

En el artículo 4, que se refiere a Juicio previo, se señala que: *"Nadie podrá ser condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino en sentencia firme, obtenida por un procedimiento llevado a cabo conforme a las disposiciones de este Código y a las normas de la Constitución, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de las facultades y derechos del imputado o acusado. La inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio".*

Se hace alusión a este artículo, porque cuando una persona es detenida y mientras presta su declaración indagatoria y sabiendo que nunca se cumple con lo que ordena la Constitución de Guatemala, esta persona automáticamente cumple una sanción carcelaria, sin que se haya demostrado su responsabilidad penal en el ilícito que se le puede imputar, pues lo más probable, es que le otorguen falta de mérito, y el tiempo que estuvo detenida ilegalmente, sin tener acceso a la justicia penal, el Estado no lo va resarcir, ni reponer esa parte de su vida, violando con esto el derecho a su libertad.

El artículo 16.- (Respeto a los derechos humanos). Señala que: *"Los tribunales y demás autoridades que intervengan en los procesos deberán cumplir los deberes que les imponen la Constitución y los tratados internacionales sobre respeto a los derechos humanos".*

Esta normativa señala; que los jueces son garantes de la justicia, deben respetar los derechos humanos de las personas, que deben garantizarle el legítimo derecho e igualdad, sin discriminación alguna, respetando y garantizando sus derechos humanos, de acceder en forma inmediata a la justicia penal, para obtener una resolución justa.

El artículo 21 (Igualdad en el proceso) Señala que: *“Quienes se encuentren sometidos a proceso gozarán de las garantías y derechos que la Constitución y las leyes establecen, sin discriminación”*.

Si en Guatemala se aplicara el proceso penal como lo indica la ley, sería tan diferente la situación legal de las personas; sin embargo, no se cumple, con lo señalado por el artículo, sino al contrario, se discrimina a la persona, por la posición en que se entra de vulnerabilidad, violando sus derechos fundamentales.

Se Deben tomar en cuenta que el juzgador, si bien es cierto es quien imparte la justicia en representación del Estado de Guatemala, no debe extralimitarse en sus funciones y en su interpretación de la misma, lo que debe hacer, es únicamente garantizar lo que dice la ley y el espíritu que resguarda la misma.

Que soluciones han implementado las instituciones, que conforman el sistema de justicia penal en Guatemala, para dar cumplimiento al plazo que estipula la Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 9, de escuchar a una persona en su primera declaración indagatoria, luego de haber sido detenidas por la posible comisión de una acción delictiva.

Para resolver, la dificultad de la aplicación correcta de dicho plazo, ha sido una de las soluciones, la creación de Juzgados de turno de 24 horas, pero será que realmente ha funcionado, dicho proyecto, o ha sido un remedio a medias, o ha fracasado ese diseño.

Juzgados de turno de 24 horas.

Al analizar la creación de los juzgados de 24 horas, se crea un proyecto, que va a garantizar, los derechos de las personas, sin ninguna discriminación, que son detenidas y sean escuchadas, en el plazo que indica la Constitución Política de la República de Guatemala, en sus artículos 6, 7, 8, 9, y del Código Procesal Penal, artículo 87.

Es importante mencionar, que los juzgados de turno de 24 horas, se crearon para que las personas que son detenidas, puedan ser escuchadas en su primera declaración indagatoria, en el plazo que ordena la Constitución de la República de Guatemala; pero la realidad no es así, porque los guatemaltecos, no tienen derecho al acceso a una justicia pronta y cumplida, sin que exista en la actualidad una política, para mejorar esta situación por las autoridades de turno, que pueda solucionar esta problemática.

Uno de los inconvenientes, que se presenta, es que las personas permanecen detenidas por más de 24 horas, en un lugar inadecuado y no como ordena la Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 10. *“(…) Los centros de detención arresto o prisión provisional serán distintos a aquellos en que han de cumplirse las condenas (...)”*

Las carceletas, que se encuentran en los juzgados, no cuentan con las condiciones óptimas para guardar prisión, pues no existe, un ambiente donde los detenidos, puedan tomar sus alimentos y mucho menos, para poder asearse, es decir, no solo se violan los derechos humanos de las personas respecto al acceso a la justicia pronta, sino que también su derecho a la dignidad, pues tienen que esperar las resoluciones del juzgador en condiciones infrahumanas.

Por lo anteriormente indicado, se considera injusta la actuación del sistema de justicia penal, pues el Estado, debe ser el encargado de garantizar el acceso a la justicia para todos los guatemaltecos, así como lo indica el artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala: *“Deber del Estado. Es deber del Estado garantizarles a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”*.

De igual forma, se hace énfasis a lo que indica la Corte de Constitucionalidad en la Gaceta número 61, Expediente número 1258-00 sentencia: 10-07-01. *“(…) El principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 2 de la Constitución consiste en la confianza que tiene el ciudadano, dentro de un Estado de Derecho, hacia el ordenamiento jurídico; es decir, hacia el conjunto de leyes que garantizan su seguridad y demanda que dicha legislación sea coherente e inteligible; en tal virtud, las autoridades en el ejercicio de sus facultades legales deben de actuar observando dicho principio, respetando las leyes vigentes, principalmente la ley fundamental (...)”*

Los juzgados de turno de 24 horas, no han solucionado el problema, porque se fueron desvaneciendo, con el transcurrir del tiempo, al no llenar su cometido para lo que fueron creados, ya que hubieran sido un excelente proyecto, si se hubiera, implementado en todo el país, pero lamentablemente solo fue en algunos lugares, que fue implementado ese plan, como en el departamento de Guatemala, municipio de Mixco, Villa Nueva, en el departamento de Escuintla cabecera, en el departamento de Sacatepéquez, en la cabecera departamental Antigua Guatemala, en Quetzaltenango, cabecera departamental y Chiquimula, Cabecera departamental.

Si el proyecto, se hubiera expandido, por lo menos, a todos los departamentos del país, hubiera sido una solución, para que las personas pudieran acceder a la justicia penal, en el plazo que manda la Constitución, además de haberse implementado más juzgadores en el departamento de Guatemala, para dar cobertura, a la alta demanda que existe por el incremento de acciones delictivas que existen en el país.

Conclusiones

Las autoridades judiciales, son las únicas competentes para interrogar a los detenidos, esta diligencia deberá practicarse, dentro de un plazo que no exceda de veinticuatro horas, sin embargo, esto no se cumple, cuando se informa por los Abogados defensores, medios de comunicación, escrita, televisiva o radial, sobre los tiempos que se llevan a cabo dichas diligencias, se puede constatar que las personas, han estado detenidas por más de ese plazo constitucional.

El Estado como garante de la libertad y la justicia para todos los habitantes guatemaltecos, deberá promover, una política para crear más Juzgados de turno de 24 horas, para evitar, que una persona pueda ser detenida, más del plazo que estipula el artículo 9 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Se requiere que se implementes más juzgados de primera instancia Penal, que tienen a su cargo la etapa de investigación del proceso, para evitar la carga que tienen, en las audiencias que fijan dentro de esa etapa procesal, y que también, les toca escuchar en primeras declaraciones a las personas que son detenidas cuando, ello gira ordenes de capturas, y debe escucharlos.

El Estado debe prestar más atención al Organismo Judicial, que necesita implementar más juzgados, más juzgadores, para que la población guatemalteca pueda acceder a la justicia y no se encuentre con obstáculos para su pronta aplicación.

Referencias Bibliográficas

Constitución Política de la República de Guatemala

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

La Convención Americana sobre Derechos Humanos

Código Procesal Penal

Corte de Constitucionalidad. Expediente 4505-2011, sentencia de fecha 11-12-2012. Expediente No. 73-00 sentencia del 25-07-00. Expediente número 1258-00 sentencia: 10-07-01



LAS VICTIMAS DENTRO DEL CICLO DE LA VIOLENCIA DOMESTICA

Magistrada

MARÍA DE LA LUZ GÓMEZ MEJÍA

Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil, Guatemala



“La autora, es la única responsable del contenido íntegro del presente artículo”. Guatemala, 2022

Al abordar el tema del ciclo de la violencia doméstica, se pretende realizar análisis acerca del proceso, planteando la degradación que sufre la convivencia en la relación entre parejas y los motivos por los cuales se presentan dichas situaciones.

En este ensayo se hace razonamiento acerca de las diversas manifestaciones en el comportamiento de los agresores y la forma en que las mujeres son vulnerables dentro del ciclo de la violencia doméstica. En este análisis se presentan las etapas, así como las consecuencias que acarrearán y los aspectos culturales que influyen en las relaciones entre hombre y mujeres.

En la ciudad de Guatemala hay muchas manifestaciones socioculturales, donde el machismo se encuentra arraigado en la cotidianidad, en el que el ciclo de la violencia doméstica es visto como común de la convivencia de la vida familiar, lo que no permite identificar a los agresores, siendo aceptado sin cuestionamientos.

El ciclo de la violencia doméstica se encuentra dentro del ámbito familiar, indistintamente del nivel socioeconómico y cultural al que pertenezca la pareja y en nuestro medio, hay hombres y mujeres unidos como producto del amor y la afinidad y, aun así, el sistema patriarcal se encuentra arraigadamente presente. También hay hombres, que tienen relaciones sentimentales con varias mujeres simultáneamente, haciendo prevalecer su calidad de patriarca en varias familias.

El patriarcado constituye “...un sistema de vida que se ha caracterizado por el sexismo o dominio de la figura de los hombres. Son ellos quienes tradicionalmente, como colectivo social, han impuesto las relaciones de poder o dominación, caracterizadas por mantener el control de la sexualidad, el trabajo y los espacios en los que las mujeres transitan”¹.

El patriarcado se encuentra consolidado en la cultura guatemalteca y en su estructura plantea diferentes niveles de poder y desigualdad, donde el ciclo de la violencia doméstica surge como una demostración de sometimiento hacia la mujer, ejercido por un abusador en cualquier modo de las diversas formas de relación de

pareja en que se encuentra y se manifiesta de diversas maneras como: la psicológica, económica, sexual y física. Todas estas formas de violencia, se encuentran tipificadas como delitos en la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, decreto 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala. Eso no quiere decir que en la totalidad de las relaciones entre cónyuges haya un abusador, pero el Patriarcado permite que un marido psicópata abuse de la mujer.

Psicólogos, Madrid define que: “El motivo por el que se produce la violencia contra las mujeres es el conjunto de valores que aún predominan en la sociedad actual. La violencia de género tiene su origen en la cultura, la educación, la religión, las leyes, el propio lenguaje... que han mantenido a la mujer en una condición de supuesta «inferioridad»”.

Entre las causas principales de la violencia en los hogares guatemaltecos dentro del ciclo de la violencia doméstica, se encuentra la discriminación, los prejuicios y estereotipos que son parte de su formación cultural, que colocan a la mujer en desigualdad y sumisión, lo cual la hace vulnerable a padecer amenazas, agresiones físicas, abuso sexual, abuso emocional, poniendo en riesgo su vida, al ser objeto de acciones delictivas.

Según Facio, Alda: “El origen de la violencia contra la mujer se debe a la desigualdad, entonces para lograr erradicarla, podemos tener muchas estrategias, pero mientras se desvalore lo femenino y lo que hacen, habrá violencia”.

Este tipo de actitudes denominado ciclo de la violencia doméstica, es el proceso donde las mujeres son sometidas a una serie de comportamientos agresivos que cíclicamente y en espiral, se repiten a través de mucho tiempo, incluso años, y que cuando las agresiones se presentan con mayor frecuencia, la gravedad de los ataques aumenta, pudiendo llegar a extremos como el femicidio. En la ciudad de Guatemala, se presentan a diario casos de agresiones dentro del ciclo de la violencia, con mayor frecuencia en víctimas entre las edades de 15 a 40 años.

1. Castillo Godoy, Delia Cristina. Metodología de Género. Guatemala, Organismo Judicial 2012, página 20

Dicho proceso se desarrolla en cuatro etapas:

- La etapa de la normalidad o de calma
- La etapa de acumulación y aumento de la tensión, denominado como incidente agudo
- La explosión con una crisis aguda de maltrato
- La reconciliación ó Luna de miel

Etapas del ciclo de la violencia doméstica

a) Primera etapa: Etapa de la normalidad o de calma:

En esta etapa inicialmente no se detectan desacuerdos entre la pareja, la relación se considera ideal, con muestras de cariño, regalos y atenciones, se observan ciertas actitudes que la mujer no reconoce, como micromachismos y las muestras de celos, que inicialmente, ella ve como expresiones halagadoras.

Cuando se inicia una relación de pareja, regularmente la mujer no identifica los rasgos y aptitudes del abusador, debido a que su formación dentro de un ambiente patriarcal, no le permite ver que algunas actitudes masculinas no forman parte de las características del hombre ideal. Al inicio de la relación, esta etapa es la más larga del círculo de la violencia doméstica, pero, cuando el ciclo se ha repetido en varias ocasiones se va acortando y la víctima empezará a experimentar la sensación de que la calma se mantiene porque todo está correcto al hacer todo lo que le parece al agresor, que es quien se transforma en el motor del ciclo.

b) Segunda etapa: Aumento de la tensión o acumulación:

En esta etapa se presentan los primeros indicios de abuso con sutiles menosprecios, hacia la mujer, insinuaciones del marido que se enoja por todo, ira contenida, largo silencio, humillaciones frente a otras personas, se dirige a ella con irrespeto, acusaciones y reclamos sin sentido, demandas irracionales, la embiste con palabras groseras, le da empujones, provoca discusiones, siembra tensión y hostilidad. Las acciones del agresor van dirigidas a un objetivo: desestabilizar a la víctima.

Tratando de salvar la relación, la mujer trata de hacer todo lo posible por quedar bien con el marido, se comporta dócil, accesible, adaptable y asume una actitud sumisa, evita las situaciones que puedan ser confrontativas, trata de mantener la paz en el hogar, lo complace brindándole atenciones, no reclama nada, calla lo que piensa, y cree que puede tener control de la situación, pero el marido siempre se enoja. Ella, sin embargo, trata de justificarlo minimizando la gravedad de las actitudes violentas, se atribuye la culpa de su comportamiento, experimenta

miedo, desilusión y angustia de no representar correctamente su papel de esposa. Lamentablemente, todos sus esfuerzos no evitan que la tensión continúe en aumento y se van acumulando las agresiones, de manera continua o discontinua.

c Tercera etapa: Crisis aguda de maltrato:

En esta etapa conforme se van repitiendo cíclicamente y con más frecuencia, los episodios agresivos se hacen más intensos. El agresor descarga toda la agresividad y la tensión que ha acumulado en la fase anterior, explotando con rabia y cometiendo actos brutales, contra la esposa o conviviente, provocando lesiones físicas y psíquicas, violencia física y psicológica, que se tipifica como delito en el artículo 3, definiciones letra l) y m) de la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer. El agresor, decidido a dominar por la fuerza a la mujer, la manipula a través de violencia psicológica, con el fin de menoscabar la autoestima, para que pierda la confianza en sí misma y quede totalmente vulnerable y no sea capaz de tomar decisiones. También aplica otra forma de manipulación que adopta a través del control económico, no permitiéndole, disponer libremente de sus bienes, derechos materiales o dinero, colocando todo a nombre de él patriarca, dejando a la víctima sujeta a lo que él dispone y a lo que le quiera dar, que siempre es muy poco.

Con sus actitudes el agresor logra retirar a los familiares más cercanos, limita la libertad de la víctima y no le permite visitar a los padres, hermanos, amigos u otros familiares, argumentando que los suegros no lo aceptan, que no hay amigos, que las visitas van a juzgar o criticar. No permite que otras personas se acerquen a la víctima y se enteren por lo que está pasando e impide que le brinden apoyo y orientación logrando el aislamiento y obligándola a consultarle y pedir aprobación en cualquier situación o caso contrario la amenaza con castigarla de diversas formas.

La esposa o conviviente, al estar aislada y ser dependiente del agresor, está en condición de total vulnerabilidad y es cuando se agudizan los incidentes más peligrosos y destructivos con acometidas graves, que llegan a los ataques físicos con golpes y asaltos sexuales violentos y si la mujer se niega a aceptar relaciones íntimas con el agresor, éste la somete a golpes y la humilla para ejercer su poder y control a través del miedo, heridas físicas y psicológicas, lanzando amenazas contra ella y la familia. Esta clase de acciones son tipificados como delito denominado "Violencia Sexual" y regulado en el artículo 3 letra n) del Decreto 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala, en el cual se define como las "Acciones de violencia física o psicológica cuya finalidad es vulnerar la libertad e indemnidad sexual de la mujer, incluyendo la humillación sexual, la prostitución forzada y la denegación del derecho a hacer uso de métodos de planificación familiar, tanto naturales como artificiales, o a adoptar medidas de protección contra enfermedades

de transmisión sexual". En la mente del abusador, la víctima no acepta lo que le está pasando y trata de ocultar a los demás su situación, sufre en silencio, siente lástima y vergüenza de sí misma, se culpa de la situación y generalmente no se anima a buscar ayuda por miedo. Son personas externas, testigos del hecho, quienes por lo regular denuncian. La víctima mantiene la esperanza de que con su amor y dedicación a la pareja cambie de actitud, lo que no sucederá, debido a que el agresor tiene un trastorno psíquico peligroso, y ella está en riesgo de ser atacada gravemente por lo que debe alejarse para salvar su vida.

Esta es la fase donde se dan las consecuencias más significativas con lesiones físicas, creando una serie de alteraciones psicológicas, como los sentimientos de impotencia, dolor, miedo, confusión, soledad, desesperanza, baja estima, disociación, parálisis producto de la situación que le ha tocado vivir, presenta un conflicto en su razonamiento, con dudas de poder lograr vivir de manera diferente, pero a pesar de todo sigue amando a su pareja que le causa sufrimiento y se resigna a su situación.

Colateralmente, están los hijos e hijas que al presenciar los conflictos se ven afectados emocionalmente como testigos de las agresiones, lo cual afecta la salud emocional y su psiquis, pudiendo darse la reproducción del comportamiento cuando son adultos. El grado máximo de la agresión llega con la violencia física, los ataques a golpes que han llegado a salirse de control y causando la muerte de la víctima, cometiendo así, el delito de femicidio, que conforme el artículo 3 letra e) de la ley específica citada, establece que constituye la "muerte violenta de una mujer, ocasionada en el contexto de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, en ejercicio del poder de género en contra de las mujeres".

d) Cuarta etapa: Reconciliación o luna de miel:

En esta etapa el agresor tiene la oportunidad de conciliar con la víctima y hacerla regresar al ciclo de la violencia, mostrando arrepentimiento, sabe lo que ha hecho y teme que lo abandone ó que lo acuse judicialmente. Utiliza como estrategia, una serie de conductas compensatorias, regalos y actitudes cariñosas con extrema amabilidad y promesas de cambio, le ofrece pedir ayuda a un profesional y que necesitará el apoyo de ella, que la ama y no puede vivir sin ella y que si no regresa cometerá suicidio. Si no logra su cometido acude a familiares y amistades, tratando de influir en ellos, para que convengan a la víctima para que lo perdone.

La víctima se ve atrapada en reflexiones entre el miedo, amor, ilusión y lástima hacia el agresor y mantiene la esperanza de la posibilidad del cambio de actitud del marido y cree en las falsas promesas de que "el amor lo puede todo y perdona todo", olvidando lo sucedido y dándole otra oportunidad. En la mayoría de los casos retira

la denuncia que había presentado contra el victimario y vuelve al hogar reiniciando el ciclo. Conforme el avance del tiempo en la espiral del ciclo de la violencia, esta etapa de luna de miel suele desaparecer, lo cual es un indicador de que las agresiones son más fuertes y frecuentes, lo que disminuye los recursos psicológicos de la víctima y si no se cuenta con familiares que le brinden apoyo, será más vulnerable.

Sin embargo, es el momento clave de tomar decisiones y comentar nada con el marido, buscar ayuda para escapar, irse de la casa, denunciar al agresor o acudir a un albergue, debe saber que hay alternativas de solución, que puede acceder a la justicia, y que existen organizaciones e instituciones especializadas que asesoran para salir del ciclo de la violencia.

Apoyo a las víctimas, para que salgan del ciclo de la violencia doméstica:

a) Atención en crisis: El primer paso es que deberá reflexionar y reconocer que necesita ayuda. La víctima busca el apoyo de algún familiar o amigo, consulta con un profesional, o alguna de las organizaciones de servicio a mujeres víctimas y para ello debe romper el silencio con una DENUNCIA. Esta oportunidad se presenta cuando la mujer es empoderada y reconoce sus derechos humanos, que merece respeto a su dignidad y no debe someterse a más sufrimiento, que tiene que luchar por su vida y la de sus hijos, viviendo libre de violencia y ya no debe seguir siendo lastimada ni continuar bajo el poder del agresor. Al DENUNCIAR permite el acceso a la justicia, solicitando medidas de seguridad, para salvaguardar su vida y la de su familia, y debe acudir ante las autoridades para solicitar la protección inmediata.

b) Asesorías: Con el consejo, asesoramiento e información a las víctimas de este flagelo, se atreverán a DENUNCIAR y como efecto se habrá de minimizar la estadística de mujeres maltratadas, y mejor aún que no hayan víctimas de delitos dentro del ciclo de la violencia y de femicidio. En la medida que las mujeres tengan acceso a la justicia, acudirán en busca de una salida a su problema y se darán las oportunidades de escapar de su agresor.

c) Tratamiento Psicológico: al salir del círculo de la violencia, la víctima presenta secuelas del maltrato, por lo que debe iniciar un tratamiento psicológico que le ayude a sanar el cuerpo y la psiquis a través de tratamientos médicos y psicológicos. Por otra parte, deberá contar con una ayuda económica para superar los problemas de este tipo lo cual es uno de los aspectos de alta preocupación que impide a muchas mujeres liberarse inmediatamente del opresor, por temor a no poder enfrentar sin recursos económicos, la

manutención de los hijos y de ella. En estos casos, si no son atendidos ambos, víctima y agresor, con tratamiento terapéutico, existe el peligro de retornar al ciclo de la

violencia, en cada una de sus etapas, lo cual cada vez es más peligroso.

Conclusiones

1. Las mujeres debemos practicar la sororidad, ayudándonos entre nosotras a salir del ciclo de la violencia doméstica y sensibilizar e informar a las mujeres víctimas, para que rompan el silencio y denuncien a los agresores, de manera que recuperen su dignidad y vivan en libertad y respeto de sus derechos humanos.
2. En la ciudad de Guatemala, desafortunadamente existen altos niveles en el registro de delitos padecidos por víctimas dentro del ciclo de la violencia doméstica, cometidos todos los días y a todas horas, por lo que debemos contribuir con hacer conciencia de nuestros derechos humanos, cambiar estereotipos machistas, estigmas patriarcales, educar a los hijos sin mentalidad patriarcal, que no se desvalorice a la mujer, a la que debe permitirse un trato igualitario y de respeto.

Referencias Bibliográficas

A. LIBROS:

- Morales Trujillo. Hilda. Género, Mujeres y Justicia. Editorial Serviprensa, Guatemala 2006. página 87.
- Castillo Godoy, Delia Cristina. Metodología de Género. Guatemala, Organismo Judicial 2012 página 20
- Alda Facio

B. FUENTES ELECTRÓNICAS:

- ONU-MUJERES, (2013) "ELEMENTOS ESENCIALES DE PLANIFICACIÓN PARA LA ELIMINACIÓN CONTRA LA VIOLENCIA DE MUJERES Y NIÑAS", (Recuperado de: <http://www.endvawnow.org/uploads/modules/pdf/1372349315.pdf>, pág. 80
- Aesthesis Psicólogos Madrid, Psicología Social (2020), "VIOLENCIA DE GÉNERO: QUÉ ES Y POR QUÉ EXISTE (Recuperado de: <https://www.psicologosmadridcapital.com/blog/violencia-genero-existe/>, pág. 2
- Fuente de imagen: https://www.pinterest.com/pin/525302744012926373/?nic_v3=1a6mBovYu

C. FUENTES JURÍDICAS:

- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer.
- Asamblea Nacional Constituyente (2002) Constitución Política de la República de Guatemala, Cuarta Edición, Guatemala.
- ONU (1979) Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW-,
- OEA (2006) Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y erradicar la Violencia Contra la Mujer, Convención Belém Do Pará, Washington DC
- ILANUD. Manual Metodológico de Capacitación en el Abordaje de la Violencia Domestica. 1999

“La autora, es la única responsable del contenido íntegro del presente artículo”.



NUEVAS DESIGUALDADES DEL DERECHO DE ACCESO A JUSTICIA EN LA ERA DIGITAL

Magistrada

EMY YOJANA GRAMAJO ROSALES¹

Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones Civil, Mercantil y Familia, Quetzaltenango

Resumen

Actualmente no existe un país a nivel mundial que no esté enfrentando los efectos de la pandemia Covid-19, algo que nadie avizoraba en sus efectos, la pandemia ha constituido un hito social, económico y jurídico que ha empujado a nuevos cambios. Esta nueva normalidad, además de algunas secuelas de salud, ha detenido el desarrollo económico, ha aumentado considerablemente el nivel de pobreza de las personas entre otros aspectos más, lo que ha obligado a las administraciones públicas a adquirir préstamos ante bancos internacionales; pero esto no es todo, los sistemas judiciales han empezado a realizar cambios en la forma de prestar sus servicios, con el objetivo de preservar la continuidad del servicio, con el uso de las nuevas tecnologías, iniciándose con ello la era digital. Dicha circunstancias, deben analizarse como una transformación social a nivel mundial; y aunque inicialmente ha generado incertidumbre y un desequilibrio en cómo funcionan los sistemas, debe repensarse en las nuevas desigualdades que surgen en términos sociales, de derechos y accesos. Entendiéndose como desigualdad, “la relación de falta de igualdad entre dos cantidades o expresiones”², en ese sentido debe determinarse que debe existir una diferencia evidente entre dos expresiones que determinan la ventaja que una tiene sobre la otra, para calificar que existe una desigualdad. En este artículo trataré de hacer énfasis sobre la realidad de la mayoría de Estados latinoamericanos respecto al uso de la tecnología, y que ha originado una nueva desigualdad social, su impacto en los derechos y accesos.

Palabras Clave: derechos sociales, desigualdad, nuevas tecnologías, acceso

Introducción

La Justicia, además de constituir un valor supremo que se materializa de diversas maneras dentro de una sociedad; como deber del Estado hacia sus habitantes, resulta ser un derecho exigible por éstos. Hoy por hoy, a mayor acceso a justicia, más se consolida un Estado de Derecho, y entre más sólido, con mayor facilidad se cierran las brechas de desigualdad social que han surgido con ocasión de la pandemia Covid-19.

La falta de acceso a la justicia ha constituido uno de los más grandes desafíos para los sistemas judiciales, pues no se trata solamente de la existencia de órganos jurisdiccionales físicos, sino actualmente de las distintas modalidades en que la tecnología ha venido a ser una herramienta en la prestación del servicio. Indistintamente de superar la pandemia por los diferentes Estados latinoamericanos, esta crisis se ha convertido en un hito para la humanidad, y ha traído como efectos entre otros, la adaptación de tecnologías que ya no son solamente disruptivas, sino que han venido a establecerse como una vía alterna para la aplicación de la justicia.

Los resultados en varios países con el uso de la tecnología, han sido favorables porque la parte más beneficiada es la sociedad; sin embargo no por ello debe dejar de analizarse cuál es la situación actual frente al uso de la tecnología y cómo ha sido percibida por los usuarios como parte del acceso a la justicia; pues inicialmente, aunque se ha venido discutiendo una supuesta inobservancia de garantías constitucionales en el debido proceso y derecho de defensa, poco a poco, estos temas han sido superados frente a la imperiosa necesidad de respuesta de justicia a las demandas sociales.

Este tema ha venido atrayendo la atención en todos los países de América Latina, quienes se han visto en la necesidad no solamente de examinar a lo interno cómo enfrentar la crisis que ocasionó la pandemia en la administración de la

1. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaría, egresada de la Universidad Rafael Landívar con sede en Quetzaltenango, Guatemala; Guatemala; Magistrada Titular de la Corte de Apelaciones Civil, Mercantil y Familia de Quetzaltenango del Organismo Judicial.

2. Diccionario de la Real Academia Española. (s.f.) Desigualdad. En Diccionario de la Lengua Española. consultado el tres de noviembre de dos mil veintiuno. <https://dle.rae.es/desigualdad?m=form>.

justicia, sino que en buscar los mecanismos que sigan brindando a cabalidad el acceso a la misma; de manera que los pasos dados han sido agigantados y apresurados por modernizar los distintos sistemas judiciales, temas que para algunos países se había venido postergando y que intempestivamente debe retomarse.

Por otro lado, también el uso de las tecnologías ha venido a incrementar la curiosidad entre los distintos Estados en la manera de manejarla, como se han enfrentado los mayores problemas que la aquejan, cómo se han vencido las barreras mentales y las diferencias que existen en las sociedades frente al nuevo mundo digital. Finalmente, también vale la pena, apuntar que este tema no se detiene en la adquisición de una nueva modalidad frente a la tecnología, porque hay que estar conscientes que es un una nueva era sinfín.

Mucho se ha dicho de discutir aún sobre la construcción de un Estado de Derecho, y frente al dinamismo tecnológico, solamente queda adecuarse y adquirir los compromisos necesarios por parte de los autoridades judiciales para enfrentar las nuevas desigualdades sociales, así como de los derechos y accesos a la Justicia frente a la Tecnología, teniendo presente el deber de equiparar a esta nueva modalidad, certeza y seguridad jurídica y brindar así a sus habitantes justicia, paz y desarrollo económico como nuevo reto.

Una Mirada al Interior de los Estados Latinoamericanos en el Contexto de la Pandemia Covid-19. ¿Cómo reaccionaron los estados latinoamericanos como consecuencia de la pandemia?

Al ingreso de la Pandemia, en algunos países, de acuerdo a un estudio realizado por el Centro de Justicia para las Américas CEJA, los sistemas judiciales ya habían empezado a incorporar mecanismos y herramientas tecnológicas, para desarrollar los procesos de trabajo judicial, litigio y gestión judicial; sin embargo dado los niveles de restricción que surgieron dentro como parte de las políticas gubernamentales de contención, así como la cada vez más acotada interacción de las personas planteada, no puede negarse que todo empezó a generar dificultades sin precedentes. (Arellano, J., Blanco, R., Cora, L., Decap, M., Gallardo, E., Guzmán F., Moreno, L., Quilichini, M. *Tecnología, Proceso Penal, Audiencias y Juicio Oral*. Centro de Estudios de Justicia para las Américas, Universidad Alberto Hurtado. Página 3).

Ante ello, este ensayo no podría iniciar sin mencionar como la indicado la Comisión Económica para América Latina y el Caribe Naciones Unidas, CEPAL que la pandemia trajo como consecuencia una mayor profundización de las desigualdades en América Latina, principalmente a algunos sectores que ya han sido reconocidos como las más vulnerables -mujeres, estratos más bajos económicamente, niños, indígenas, ancianos-, esta vulnerabilidad se materializa precisamente en el aumento de la pobreza y el desempleo, así como la escasa o menor protección social y sanitaria³. No obstante, debe enfatizarse que éstos son los sectores mayormente afectados, y que los Estados tienen actualmente una enorme tarea en la recuperación económica no solo para volver a estabilizar la economía nacional en todas sus manifestaciones, sino también el gran compromiso de poner fin a la pobreza a nivel mundial, como parte del Objetivo de Desarrollo Sostenible número 1. (Comisión Económica y el Caribe, CEPAL, Naciones Unidas, Informe Especial Covid-19 No.3, El Desafío Social en Tiempos de Covid-19, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45527/S20000325_es.pdf www.cepal.org; Página 2). En el informe citado, se indica claramente:

Con el aumento de la pobreza y la pobreza extrema, también aumentará la desigualdad en todos los países de la región. El informe de la CEPAL proyecta incrementos del índice de Gini de entre el 0,5% y el 6,0%", esto se debe a que la mayor pobreza y desigualdad, toca amplios estratos de la población de la región que vive en condiciones crónicas de inseguridad económica y son muy vulnerables ante las pérdidas de ingresos laborales. (CEPAL, P.3)

Por otro lado, una de las más graves consecuencias golpea al sector de las mujeres, porque encontrarse en una situación particularmente vulnerable, al no contar con una inserción laboral en mejores condiciones y no tener mayor representación en el trabajo informal, también debe considerarse como un desigualdad que debe agendarse en los programas nacionales como prioritarios.

¿Cómo afecta esta desigualdad económica de los sectores mencionados, en sus derechos? Los grupos en situación de vulnerabilidad se ven afectados al no lograr tener garantizado el acceso a derechos fundamentales como el derecho a la salud, integridad física, psíquica, y el acceso a medidas de prevención, disponibilidad de insumos, seguridad alimentaria, vivienda adecuada para el aislamiento, entre otros. (Ceja f, P.6), por ende el conjunto de sus derechos afectados, trae como consecuencia que uno de los derechos mayormente afectados también lo es el derecho de acceso a justicia, por el surgimiento nuevas demandas sociales. Es decir, uno de los derechos mayormente soslayados, como

3. El índice de Gini o coeficiente de Gini es una medida económica que sirve para calcular la desigualdad de ingresos que existe entre los ciudadanos de un territorio, normalmente de un país.

consecuencia de la pandemia Covid-19 podría ser el acceso a la justicia, pues como derecho humano fundamental en un sistema democrático debe tener por objeto, garantizar los derechos de todos por igual, porque constituye la vía para reclamar su cumplimiento ante los tribunales y garantizar la igualdad ante la ley, (Ceja , Pág. 9).

La vuelta a la normalidad podría tardar un poco más y no debería dejar de pensarse por parte de los poderes judiciales que esto podría incrementar en algunos casos, la mora judicial, lo cual indudablemente afectará a los ciudadanos, por lo que debe tenerse en cuenta para repensar como se le dará una mejor solución. (CEJA, Pág. 3). Al hablar de repensar, se trata de situar el acceso a la justicia como derecho humano, y a que debería diversificarse de tal manera que el concepto de acceso se caracterice precisamente en contar con las vías adecuadas para canalizar los conflictos surgidos en las sociedades, y enfocarse en la no accesibilidad, asequibilidad y disponibilidad de los servicios de justicia. (CEJA, Pág. 6)

Un reciente informe elaborado por el Centro de Estudios de Justicia para las Américas, ha considerado el acceso a justicia como derecho desde varios aspectos diferentes aunque complementarios, el acceso propiamente dicho, es decir:

La posibilidad de llegar al sistema judicial contando con la representación de un abogado, la disponibilidad de un buen servicio de justicia, es decir, que el sistema brinde la posibilidad de obtener un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial; la posibilidad de sostener el proceso completo, debiendo el sistema proveer los recursos e instrumentos necesarios para garantizar esta cobertura, en especial para los sectores grupos en desventaja económica y social, el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos y de los medios para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos, entre otros (Ceja, Pág. 9)

En otros términos al ser un derecho, esto implica que pueda ser abarcado de diversos ámbitos, de manera que pueda evolucionar como derecho, principalmente respecto de la obligación estatal de crear todas las condiciones para que personas sin recursos económicos puedan tener defensa jurídica letrada, es decir, la obligación de mantener un sistema de asistencia jurídica gratuita, entre otros. Es así como, para garantizar un adecuado y efectivo acceso a la justicia a todos los ciudadanos, el Estado tiene obligación de hacer y de crear las condiciones necesarias para su plena vigencia, mediante la obligación de organizar el aparato estatal, de manera tal de que los derechos fundamentales gocen de una verdadera posibilidad de ejercicio para todos. (CEJA, Pág. 10) esto significa que el uso de la tecnología, constituye en este momento una modalidad más en la vía de la aplicación de la Justicia, no es que absolutamente sea la única vía, porque ante las desigualdades con las que ya se contaba, también debe añadirse que actualmente surgirán otras desigualdades más como la brecha digital, esto se debe a las distintas condiciones en que la sociedad se encuentra, desventajas económicas, educativas, físicas, etc.

Adicionalmente, en la búsqueda de los Estados por reducir sus presupuestos en sus administraciones;

El SIDH (Sistema Interamericano de Derechos Humanos) ha establecido que los costos del proceso, sea éste judicial o administrativo, y la localización de los tribunales, son factores que también pueden redundar en la imposibilidad de acceder a la justicia y en la consecuente violación del derecho a las garantías judiciales (Ceja Pág. 11)

Lo anterior, puede deberse en su gran mayoría a que los costos para la administración judicial se han ido elevando ante el incremento de contratación de personal, así como de insumos para el mantenimiento de los edificios, y los costos de mantenimiento y funcionamiento.

Sin embargo, no puede pasar por inadvertido de las experiencias recogidas hasta el momento, que el uso de tecnología basada en la Web dentro de los poderes judiciales, se ha ido enfocando en mejorar aspectos de gestión, más que en mejorar la relación de las instituciones del sistema judicial con los ciudadanos, concepto que fundamental en una sociedad democrática de derecho (Ceja Pág. 11). Ante ello, la preocupación por lograr un mejor acceso de justicia, y ante la disrupción tecnológica por el confinamiento, y la contención de la pandemia, los poderes judiciales han empezado por transformar la visión de la administración de justicia desde distintas perspectivas; es decir en un sistema híbrido, que permite a quienes aún no utilizan la tecnología a permitir acceder a sus demandas sociales; y a la vez a quienes decidieron dar un paso adelante con el uso de la tecnología, hacerla una herramienta que ya forma parte de su vida.

Un aspecto sumamente valioso que puede extraerse de la pandemia, es que los Estados Latinoamericanos, algunos más que otros, aunque se vieron obligados a innovar sus procedimientos de gestión judicial, de tal manera que esto motivó a la *autosuficiencia* frente a la crisis, un tema en el que es importante profundizar para analizar a lo interno la necesidad de transformar la gestión de sus procesos y mejorar grandemente el acceso a la justicia.

Sin embargo, las nuevas desigualdades en el contexto de la pandemia, permite ahora a los poderes judiciales enfocarse en sus propias debilidades para asumir mejores decisiones y acciones en fortalecer sus sistemas frente a esta crisis,

por lo que los sectores vulnerables han empezado a tener prioridad en sus agendas, el uso de la tecnología como un punto que merece ser mencionado en la introspección de sus sistemas, como esa mirada interna para evaluar la necesidad de su implementación.

Una Mirada a los Lados para Aprender Unos de Otros

Necesariamente, si bien la autosuficiencia estatal inició por tomar el control de diversos aspectos sociales, los Estados en América Latina empezaron a verse unos a otros, con el objeto de analizar y tomar mejores decisiones, con la posibilidad de que clasificar lo que podría adaptarse internamente a sus países y a lo que no podría ser usado en los suyos.

El Centro de Estudios de Justicia para las Américas, señaló en un reciente informe cuyo objetivo fue:

i) Indagar las medidas generales o particulares que los distintos Poderes Judiciales de los Estados de la región dispusieron para garantizar su funcionamiento a propósito del COVID 19; y, (ii) efectuar un primer relevamiento exploratorio acerca de cómo esas medidas estaban funcionando en la realidad (Ceja c, P.92 a 98); (ii) en el cual se obtuvo información sumamente importante y que motiva listar las principales conclusiones, sobre las medidas adoptadas: (i) la gran mayoría de países decretaron la suspensión del servicio judicial y de plazos judiciales, conservando un servicio de prestación mínima. (ii) A esto debe asociarse otro dato: en la progresiva habilitación de actividades, la justicia no apareció como un elemento de relevancia, ni por sí, ni por la ciudadanía, ni por los otros departamentos de Estado. (iii) En la mayoría de sistemas judiciales, solamente se habilitó el ingreso de causas urgentes. (iv) La situación de emergencia habilitó la toma de decisiones excepcionales, avanzándose vía reglamentaria por parte de las Cortes Supremas u órganos con facultades de gobierno judicial. (v) No se advierten, en general, planes con visión estratégica o planificada que estén pensando articuladamente cómo enfrentar la crisis que atraviesa la prestación del servicio a raíz del COVID 19. (vi) Casi la totalidad de países habilitaron la realización de audiencias virtuales. (vii) La mayoría de países instruyeron la realización de teletrabajo o trabajo remoto.

Sin embargo, también surgieron algunos inconvenientes en torno al alcance de la prestación del servicio judicial, permiten advertir problemas de diversa índole que evidenciaría su ausencia de generalización.

) La falta de protocolos de teletrabajo o su precaria regulación. (ii) Todos los Poderes Judiciales apelaron al uso de TICs para la prestación del servicio urgente; (iii) La mayoría utilizó plataformas comerciales. Ello genera interrogantes en torno al almacenamiento y seguridad de la información. (iv) A diferencia de lo que uno hubiese esperado, el ingreso de demandas presencial siguió siendo significativo. (v) El servicio ha sido concebido para prestarse físicamente desde los tribunales, por lo tanto el teletrabajo ha sido un problema porque exige capacidades institucionales con las cuáles no se cuenta. (vi) Otro problema recurrente en la prestación de servicios es la dispersión de criterios formales, sustanciales y operativos entre órganos judiciales, fueros y materias, circunstancia que se agrava dado la falta de abordaje estructural que ha imperado.

Por otro lado, también se realizaron encuestas por dicha organización en distintos países latinoamericanos, en la que respondieron 42 organizaciones de 17 países, a saber: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela. Los resultados son presentados a partir de los siguientes ejes:

1) Medidas de excepción de los poderes del Estado 2) Medidas adoptadas por el Poder Judicial 3) Modernización del Poder Judicial y gobernanza digital 4) Asistencia jurídica gratuita en sede judicial 5) Asistencia legal en sede administrativa 6) Acciones colectivas 7) Grupos vulnerabilizados y empoderamiento jurídico 8) Presupuesto 9) Buenas prácticas 10) Impactos de la pandemia en las organizaciones de la sociedad civil. (Ceja f, P.9) En los resultados puede observarse (i) Que no se generaron o ampliaron las funciones de los Poderes Judiciales para dar respuesta a la pandemia; (ii) Así, en ningún país se reporta un aumento de la capacidad instalada de los Poderes Judiciales a partir de la pandemia; (iii) Sólo 7 países adoptaron un enfoque diferencial buscando reducir la brecha digital en relación a los grupos más vulnerables en su contacto con los servicios de justicia (Ceja f.p.9) (iv) En 12 de 17 países de la región informan que en el contexto de pandemia se elaboraron e implementaron protocolos específicos de acceso al servicio de justicia, atención y no discriminación para grupos vulnerables. (Ceja pág.10)

De los resultados, es indispensable determinar un diseño propio y la implementación de un verdadero "Plan de Contingencia para el Sistema de Justicia en contexto de Covid-19," en cada uno de los países de la región; y, luego, para el futuro inmediato, así como un "Plan de Actualización de los Sistemas de Justicia" (Ceja Pag. 99). Es interesante lo anterior porque la tecnología vino para quedarse, y una vez superada la emergencia sanitaria, debe considerarse la transformación digital que inició desde hace un tiempo, proceso que ya fue alcanzado en otros países y que obliga al resto a empezar a actualizar los sistemas judiciales, en contexto a los avances tecnológicos que los gobiernos están asumiendo, como consecuencia de lo que otros países han alcanzado, y evitar la postergación en sus relaciones internacionales. Este es el momento de emplear la tecnología para transformar los sistemas de justicia, ahora desde la perspectiva de las necesidades a resolver, alcanzar el mayor acceso a la justicia; y contribuir desde la administración de justicia a la profundización de los principios, valores y mejores prácticas judiciales hacia los sectores vulnerables.

Por ello, para una mejor integración de la sociedad, debe empezarse por reflexionar cómo se disminuirá la brecha digital con los sectores más vulnerables; para ello deben planificarse nuevos caminos que tendrán como objetivo el acercamiento de la tecnología de manera gradual; el proceso será tan rápido como se desea, aún en contra de que depende de muchos factores económicos, sociológicos, estructurales, políticos, etc. y que no está en manos de pocos, sino de todos los sectores por fortalecer esfuerzos para implementar mejores vías de gestión judicial y alcance de la justicia. Si bien los poderes judiciales en América Latina han iniciado procesos de modernización, no han logrado traducirlos de manera directa en una mayor accesibilidad y asequibilidad a los servicios de justicia, situación que quedó en evidencia a partir del contexto de pandemia por las medidas de suspensión de todas o casi todas las actividades que se desarrollaban de manera presencial (Ceja Pág. 11) por ello, es determinante tomar acciones para encaminar que de las buenas prácticas realizadas por otros Estados, puede aprenderse e implementarse a lo interno lo que puede adaptarse a sus propias necesidades.

Una Mirada Hacia el Frente para Superar las Nuevas Desigualdades

¿Qué le espera a los poderes judiciales de países latinoamericanos en la nueva normalidad? El gobierno judicial es tema esencial para la consolidación de un verdadero Estado de Derecho en los países latinoamericanos. Definir conceptualmente y conocer empíricamente lo que es y cómo funciona el Poder Judicial de los Estados es tarea fundamental para poder garantizar no solamente la legitimidad de los administradores de justicia en el desempeño de sus competencias, sino, más importante, asegurar la impartición justa de los derechos ciudadanos (Ceja Pág. 7). Sin lugar a dudas, tendrán que realizarse cambios profundos, no solamente en las estructuras y dinámicas de funcionamiento, sino en la constante actualización de sus sistemas, esto ya no es un punto de discusión, sino de emprender el camino correcto de frente a superar las nuevas desigualdades, que en resumen podría enfocarse en la solución de las demandas sociales en las distintas consecuencias que la pandemia ha dejado, y en la reducción de las desigualdades, empezando por mejorar el acceso de justicia desde distintos enfoques (Ceja Pág. 346). El sector justicia, que normalmente sigue estructuras organizacionales arcaicas y medievales, sigue muy retrasado en lo que a los principios del gobierno electrónico se refiere. Esto significa que deben tomarse mejores decisiones y grandes esfuerzos de parte de los poderes judiciales en implementar o modernizar las herramientas tecnológicas de trabajo (Ceja, Pág. 6). La implementación de uso de herramientas tecnológicas mediante la creación de apps que faciliten la denuncia, en otros casos plataformas para ingreso de demandas que agilicen la acción por parte de los órganos jurisdiccionales; el uso de la vía tecnológica para las alertas en materia de violencia en contra de la mujer; y plataformas para activar alertas de localización en materia de niñez, son algunas alternativas para obtener mejores beneficios desde el lugar del usuario y sus necesidades sociales.

Nuevas Desigualdades Equivale a Nuevos Desafíos

En el uso de la tecnología para el acceso a la justicia, debe considerarse puntos claves para realizar de manera rápida la superación, entre ellos:

a) La brecha digital: inicialmente incluye el quebrantamiento de paradigmas en las sociedades hacia su implementación. Un ejemplo de ello, es que el uso de la tecnología representa hoy en día un avance en contra del delito; así en cuanto a las mujeres y la vulnerabilidad que surge como consecuencia de la violencia en cualquiera de sus manifestaciones, la tecnología en algunos países como Portugal, Ecuador, Perú, etc, han logrado desarrollar excelentes logros sobretodo en la protección de los derechos de las mujeres. (El uso de la tecnología para perpetrar la violencia hacia las mujeres y para combatirla; Asociación para el Progreso de las Comunicaciones; www.apc.org; Consejo de la Judicatura, 2021);

b) Desigualdad Laboral: desde otro enfoque también deben crearse mejores oportunidades desde los espacios laborales tanto desde el ámbito público como privado para las mujeres en el uso de la tecnología, dado que las mujeres hoy en día han alcanzado con sus ideas, sus aportes y su dedicación cambios determinantes en este tema; ante ello debe resaltarse que la regulación laboral es una pieza clave en cualquier sistema de protección social, el objetivo es entonces, la sostenibilidad de mejores condiciones laborales para nivelar las carencias económicas sociales a través de la generación de empleo. (CEPAL B, P.65).

Dentro de los aspectos considerados en América Latina pudo determinarse que los hogares pertenecientes a los estratos de ingresos medios, y en particular, medios-bajos, trabajadores y trabajadores informales, resaltan la necesidad como poblaciones a ser consideradas como parte de los esfuerzos prioritarios en protección social para la recuperación y cimentan la urgencia de consolidar sistemas universales, integrales y sostenibles de protección social en el marco de Estados de bienestar plenamente consolidados en la región (CEPAL Pág.619). La tecnología y el uso plataformas para personas de escasos recursos desempleadas a través de un programa nacional de empleo, en el que pueda contarse con una base de datos de personas que no cuentan con un trabajo para su selección y capacitación y

posteriormente su contratación; esto como una medida práctica que tendría como objetivo reducir el índice de pobreza y la diversificación de actividades en las que se necesite la contratación de personal, tanto para profesionales, sino también para personas con carreras técnicas, que contarían con una oportunidad más para obtener un empleo, podría implementarse también como un recurso más ante el incremento de necesidades laborales.

c) Lucha contra la pobreza: La tasa de pobreza extrema incrementado en un 12,5% y la de pobreza el 33,7%; el número de personas en situación de pobreza extrema alcanzado aproximadamente en 78 millones (8 millones más que en 2019), son detonantes para la reactivación económica en forma urgente; la inseguridad alimentaria, un fenómeno estrechamente ligado a la pobreza extrema, así como la fuerte caída económica y aumento sostenido de los precios de los alimentos. Esta recuperación en el mercado puede ser tan rápida o tan lenta como los países vayan adoptando distintas políticas acorde a ese objetivo; una de las más importantes también resulta ser las políticas fiscales expansivas para continuar mitigando los efectos de la pandemia y avanzar en una recuperación transformadora con igualdad. Por tal razón, se requiere entonces de cambios estratégicos que han sido considerados en aumentar las asociaciones con entidades del sector privado, la misión consiste en adoptar la creación conjunta con organizaciones gubernamentales y no gubernamentales de todo el país; es decir alianzas estratégicas para la disminución de las brechas digitales (Estrategia de Cooperación para el Desarrollo del País. USAID/Guatemala CDCS 2020-2025. Agosto 27, 2020-Agosto 27, 2025; CDCS, Pág. 15).

d) Brecha de Género: La pandemia del COVID-19, que ha tenido impactos especialmente negativos para las mujeres, por lo que se necesita retomar nuevas estrategias económicas para generar comercio justo, así como nuevos modelos de producción y consumo que faciliten a las mujeres mejores condiciones de sostenibilidad. (CEPAL, Pág. 7) Esto se ha originado desde los análisis sobre el impacto del comercio justo en aspectos de género y en la situación de la mujer limitada, debido a la gran diversidad de organizaciones y la falta de inclusividad en la participación de la mujer en la economía. (CEPAL, Pág.13) de manera que dentro de las políticas de cambio económico deben priorizarse organizaciones de mujeres que con su producción pueden alcanzar mejores condiciones para sus familias, en los distintos ámbitos sociales. Así también debe pensarse en una integración con partes interesadas clave, socios actuales y anteriores, junto con nuevos socios locales (CDCS, P.17) para realizar alianzas y de esta forma disminuir paulatinamente las desigualdades económicas mediante el empoderamiento que enfrentan las mujeres principalmente mujeres rurales e indígenas en comparación a los hombres en su misma condición de origen.

e) Desigualdad de Derechos: Ahora bien, la implementación de buenas prácticas en la gestión judicial debe realizarse cuidando siempre de que no impliquen una limitación al acceso a la justicia a personas de escasos recursos, sino que todo lo contrario, deben ser implementadas bajo el prisma de lograr un acceso a la justicia de forma más simple y eficiente y para un mayor número de individuos. (CEJA Pág.17) Desde esa perspectiva, la tecnología deberá acercarse mediante herramientas amigables y sencillas, para su aceptación y consecuente aplicación. Sin embargo puede asegurarse que los cambios a futuro son integrales y en algunos países serán diversificando sus formas de trabajar, a ello debe referirse que el uso de herramientas tecnológicas de manera absoluta no podría ser a primera mano la solución exclusiva para alcanzar eficiencia y eficacia en el servicio de la justicia, sino puede implementarse también algunos otros sistemas más, como lo son el de facilitadores judiciales con una mirada hacia la solución de conflictos para la construcción de sociedades más pacíficas; por otro lado también tenemos la mejora de modelos de gestión empezando por la organización y capacitación del personal.

Un Enfoque a Objetivos Concretos

Las miradas de frente a las nuevas desigualdades, deben enfocarse a estos grupos vulnerables quienes deben ser incluidos en todos los planes, programas y sistemas para estar preparados para defender y contribuir de manera significativa a los procesos políticos, la economía y la sociedad en general (CDCS, P.14). En congruencia a ello, las políticas gubernamentales deben dirigirse a la *alfabetización digital*, que en otras palabras sería una educación digital para todos.

El tema de acceso a justicia es determinante para la recuperación económica de los Estados Latinoamericanos, porque si existen mejores oportunidades para el intercambio comercial a nivel internacional, esto requiere que la Justicia tenga además de un mejor alcance de la certeza jurídica como deber del Estado, y además que el uso de la tecnología provea otra vía para alcanzarla. La nueva oportunidad es la transformación digital, aun en contra de muchos obstáculos, hoy por hoy este cambio representa una solución eficaz a una serie de problemas en la comunicación pero principalmente en el desarrollo económico de los países latinoamericanos, es por eso que constituye prioridad de muchos gobiernos por su gran potencial: mayor transparencia, servicios más rápidos y accesibles desde cualquier lugar y en cualquier momento, menos oportunidades para la corrupción, y mayor eficiencia de las instituciones públicas (Miguel Porrúa, Mariano Lafuente, Edgardo Mosqueira; Benjamín Roseth, Ángela María Reyes, Transformación Digital Y Empleo Público, El Futuro Del Trabajo Del Gobierno, Banco Interamericano De Desarrollo, 2021 Pág.8).

El sistema judicial debe planificar su actuación y dar cuenta de su planificación, para lo cual es importante destacar que toda planificación debe prepararse a escenarios futuros. Esto es importante porque la planificación estratégica del sistema judicial no es simplemente la planificación de su propio funcionamiento, sino que implica un ejercicio de anticipación de los escenarios conflictivos de futuro y de los derechos que estarán en juego (CEJA Pág. 25) de manera que garanticen que el acceso a justicia como una prioridad en las agendas judiciales; la implementación de la tecnología para mejorar los procesos de gestión judicial; así como para la prevención del delito, como parte de la seguridad que sus ciudadanos deben obtener del Estado.

Aunado a lo anterior, la transformación digital en el sector público se ciñe a un compromiso alterno de transformación humana, así lo refiere el informe brindado por el Banco Interamericano de Desarrollo; en el que se resalta algunas de las acciones a tomar por los sectores públicos, pues de nada sirve contar con herramientas innovadoras tecnológicas si no se tiene el recurso humano desarrollado en sus capacidades y habilidades para hacerlo funcionar, entre algunos aspectos a fortalecer puede señalarse:

i) Poca planificación efectiva de la fuerza laboral, esto tiene incidencia en la previsión de las necesidades que se necesitarán para el buen desempeño de las personas; ii) Perfiles de puestos desactualizados, esto significa que las tareas y las competencias deben ser renovadas cada cierto tiempo; iii) Falta de flexibilidad en las modalidades de vinculación, es decir el sistema de ascenso y permanencia de los puestos debe ir revisándose periódicamente, de manera que pueda reformarse y evaluarse su desempeño y actualización a los nuevos desafíos que el cargo representa; iv) Sistemas de remuneraciones disociados de los del mercado laboral general, debe preverse un sistema público más competitivo, abandonando el modelo de rigidez para ir a la par del dinamismo digital; v) Insuficiente volumen y asignación presupuestaria para los sistemas de capacitación, debe planificarse la capacitación de primera calidad a los funcionarios y empleados públicos por ser el pilar fundamental del avance que se pretende. (BID, 2021 p.5)

Adicionalmente debe incluirse en tales competencias, lo relativo a la ética digital, por ser un elemento que empieza a tener cada día más auge sobre todo en la protección de datos, y que ha generado la iniciativa por parte de la organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, sobre la elaboración de la recomendación para el uso de la inteligencia artificial, así como en la preservación de la confidencialidad de datos personales, lo cual no tiene nada que ver con la transparencia de los sistemas públicos que es un tema aparte, dado que la transparencia implica mostrar de manera más accesible cómo se trabaja y brindar mejores accesos a las sociedades para agilizar sus resultados; pues la protección de datos constituye uno de los nuevos retos a que se tienen que enfrentar los sistemas tecnológicos que además deben reunir principalmente ciertas características: agilidad, efectividad y seguridad.

El enfoque frente a las nuevas desigualdades debe profundizarse hacia los temas actuales, no solamente locales sino hacia el contexto internacional y el avance en que los demás países de América Latina y de los demás continentes están haciendo para desarrollar mejor sus sistemas judiciales, lo que no debe ni puede hacer ningún Estado Latinoamericano es aislarse, porque si bien cada país en sus modelos internos deben hacer muchos cambios, estos cambios no podrían producir ningún fruto, si no se analiza con responsabilidad los problemas que deben solucionarse de acuerdo a la cultura y a las necesidades de cada uno; pero tomando una comparación a los demás países vecinos que componen el continente latinoamericano para que sus resultados tengan una base sólida al actualizar y mejorar los modelos nacionales, y por último contar con un enfoque previsor a nuevos retos.

Cada paso que se de en esta dirección traerá como producto, el fortalecimiento de la confianza en el sistema de justicia por su impacto en la sociedad en general, principalmente en los resultados que se pretenden en la solución de los eventos justiciables pre y post pandemia Covid-19, pues creer que debe seguirse haciendo todo como antes, sin una planificación a futuro únicamente crea una barrera poco razonable ante la transformación que a nivel mundial se está generando actualmente y lo único podría generarse es detener el desarrollo económico para los países latinoamericanos.

Finalmente, se hace una exhortación a los países latinoamericanos para que puedan impulsar distintas acciones por mejora de sus modelos de gestión judicial, y así superar los efectos ocasionados por la Pandemia Covid-19 frente a las nuevas estrategias de cambio y desarrollo económico sostenible, y a no dejar que la apatía emerja en los sistemas judiciales ante la creciente demanda social surgida de las nuevas desigualdades, y a evitar el rezago de los cambios que deben realizarse.

De la manera como mejor pueda avanzarse en los nuevos desafíos, ganará no solamente un sector sino todo un país, de manera que un país gane mejor posicionamiento y recuperación económica, servirá a otros países para la aplicación en sus sistemas atendiendo a la funcionalidad que se logró, y de manera en que un país tenga una mirada diferente de su situación, ganarán sus habitantes en cimentar un mejor futuro para las nuevas generaciones, razones suficientes para cambiar la visión de la transformación digital.

Conclusiones

1. Los grupos en situación de vulnerabilidad se ven afectados al no lograr tener garantizado el acceso a derechos fundamentales como el derecho a la salud, integridad física, psíquica, y el acceso a medidas de prevención, disponibilidad de insumos, seguridad alimentaria, vivienda adecuada para el aislamiento, entre otros, por ende el conjunto de sus derechos afectados, trae como consecuencia que uno de los derechos mayormente afectados también lo sea el derecho de acceso a justicia, por el surgimiento nuevas demandas sociales.
2. Garantizar un adecuado y efectivo acceso a la justicia a todos los ciudadanos, el Estado tiene obligación de hacer y de crear las condiciones necesarias para su plena vigencia, mediante la obligación de organizar el aparato estatal, de manera tal de que los derechos fundamentales gocen de una verdadera posibilidad de ejercicio para todos.
3. Un aspecto sumamente valioso que puede extraerse de la pandemia, es que los Estados Latinoamericanos, algunos más que otros, aunque se vieron obligados a innovar sus procedimientos de gestión judicial, de tal manera que esto motivó a la autosuficiencia frente a la crisis.
4. Los poderes judiciales en América Latina han iniciado procesos de modernización, pero no han logrado traducirlos de manera directa en una mayor accesibilidad y asequibilidad a los servicios de justicia, situación que quedó en evidencia a partir del contexto de pandemia por las medidas de suspensión de todas o casi todas las actividades que se desarrollaban de manera presencial por ello, es determinante tomar acciones para encaminar que de las buenas prácticas realizadas por otros Estados, puede aprenderse e implementarse a lo interno lo que puede adaptarse a sus propias necesidades.
5. El enfoque de frente a las nuevas desigualdades, deben ser hacia a estos grupos vulnerables quienes deben ser incluidos en todos los planes, programas y sistemas para estar preparados para defender y contribuir de manera significativa a los procesos políticos, la economía y la sociedad en general.
6. Las nuevas desigualdades requieren de revisiones ser profundas hacia los temas actuales, no solamente locales sino hacia el contexto internacional y el avance en que los demás países de América Latina y de los demás continentes están haciendo para desarrollar mejor sus sistemas judiciales, lo que no debe ni puede hacer ningún Estado Latinoamericano es aislarse.
7. Cada paso que se de en esta dirección traerá como fruto, el fortalecimiento de la confianza en el sistema de justicia por su impacto en la sociedad en general, principalmente en los resultados que se pretenden en la solución de los eventos justiciables pre y post pandemia Covid-19, pues creer que debe seguirse haciendo todo cómo antes, sin una planificación a futuro únicamente crea una barrera poco razonable ante la transformación que a nivel mundial se está generando actualmente y lo único podría generarse es detener el desarrollo económico para los países latinoamericanos.

Recomendaciones

Debe implementarse la transformación digital, aun en contra de muchos obstáculos, hoy por hoy este cambio representa una solución eficaz a una serie de problemas en la comunicación pero principalmente en el desarrollo económico de los países latinoamericanos, debido a que constituye prioridad de muchos gobiernos por su gran potencial: mayor transparencia, servicios más rápidos y accesibles desde cualquier lugar y en cualquier momento, menos oportunidades para la corrupción, y mayor eficiencia de las instituciones públicas, constituyendo la mejor opción para contribuir a la superación de la pobreza.

El sistema judicial debe planificar su actuación y dar cuenta de su planificación, para lo cual es importante destacar que debe prepararse a escenarios futuros.

Para alcanzar los objetivos que cada Estado tenga para la mejora de sus sistemas judiciales frente a la pandemia, deben incluirse alianzas estratégicas entre el sector público y el sector privado.

Es importante reiterar una exhortación a los países latinoamericanos para que puedan impulsar distintas acciones pro mejora de sus modelos de gestión judicial, y así superar los efectos ocasionados por la Pandemia Covid-19 frente a las nuevas estrategias de cambio y desarrollo económico sostenible.

Metodología

Para la elaboración del presente ensayo, se realizaron los pasos siguientes:

1. Búsqueda del tema relacionado a un los cambios recientes en la administración de justicia y gestión judicial y la aprobación de la reforma al Código Procesal Civil y Mercantil Decreto 47-2022 del Congreso de la República.
2. Búsqueda y recopilación de información actual atinente al eje temático.
3. Elaboración de la estructura del enfoque teórico el cual se basa en tres puntos:
 - a. Una introspección al estado actual de los sistemas judiciales referidos en informes, encuestas, revistas e informes.
 - b. Una breve comparación a los países latinoamericanos y sus reacciones frente a la pandemia.
 - c. Elaboración de algunas propuestas y soluciones a tomar en cuenta por los sistemas judiciales
4. Integración de la información obtenida hacia el enfoque teórico en el ensayo.
5. Presentación del ensayo.

Referencias Bibliográficas

Sitios Web

Diccionario de la Real Academia Española; <https://dle.rae.es/desigualdad?m=form>, consultado el tres de noviembre de dos mil veintiuno a las 17:41.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. UNESCO. Elaboración de una Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial. www.Unesco.org/artificial-intelligence/ethics. Consultado el 27 de noviembre de 2021 a las 19:30.

El Uso de la Tecnología para Perpetrar la Violencia Hacia Las Mujeres y Para Combatirla; Asociación para el Progreso de las Comunicaciones; www.apc.org; Consejo de la Judicatura, 2021. (https://www.apc.org/sites/default/files/FactSheetVAWICTs_ES_0_1.pdf, consultado el 22 de septiembre de 2022; a las 16:04)

Congreso Virtual

Encuentro Iberoamericana de Magistradas “Con la Tecnología Contra la Violencia, Agenda Preliminar”, Consejo de la Judicatura, Perú. Noviembre, 2021.

Informes

Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL, Naciones Unidas. La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Una Oportunidad para América Latina y el Caribe.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL Naciones Unidas, Informe Especial Covid-19 No.3, El Desafío Social en Tiempos de Covid-19. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45527/S20000325_es.pdf www.cepal.org.

Estrategia de Cooperación para el Desarrollo del País. USAID/Guatemala CDCS 2020-2025. Agosto 27, 2020-Agosto 27, 2025

Arellano, J., Blanco, R., Cora, L., Gallardo, E., Guzmán, F., Moreno L., Quilichini, M. Tecnología, Proceso Penal, Audiencias y Juicio Oral. Centro de Estudios de Justicia para las Américas (CEJA). Universidad Alberto Hurtado. (Ceja a)

Bocardo, A., Martínez J., Valenzuela, M., Fandiño, M. Medir Para Decidir. Encuestas de Necesidades Jurídicas y Políticas Públicas de Acceso a la Justicia. Colección Políticas Judiciales y Conflictos. Centro de Estudios de Justicia para las Américas. Santiago de Chile, 2019. <https://biblioteca.cejamericas.org/> (Ceja b.)

Arellano, J., Cora, L., García, C., Sucunza, M. Estado de la Justicia en América Latina bajo el Covid-19. Medidas Generales Adaptadas y Uso de TICS en Procesos Judiciales. (Ceja c)

Lillo, Ricardo. Buenas Prácticas en el Uso de las Nuevas Tecnologías en el Poder Judicial. Centro de Estudios de Justicia para las Américas. 2010. (Ceja d)

Binder Alberto, González Leonel. Gobierno Judicial. Centro de Estudios de Justicia para las Américas, Santiago de Chile. (Ceja e)

ACIJ. Acceso a la Justicia en la Latinoamérica. Reporte de Resultados de la Encuesta sobre la Situación de Acceso a la Justicia en Contexto de Pandemia, desde las Perspectivas de las Organizaciones Activistas.

Robles Claudia, Rossel Cecilia. Herramientas de Protección Social para Enfrentar los efectos de la Pandemia de Covid-19 en la Experiencia de América Latina. Santiago de Chile, 2021. (Cepal, b)
Olmos, Ximena. Superación de Brechas de Género en el Comercio Justo. El Caso de Pequeños Productores de América Latina. Santiago, 2021. (Cepal, c)



GARANTISMO PENAL

Magistrado

CÉSAR AUGUSTO AVILA APARICIO

Sala Mixta de la Corte de Apelaciones, Chiquimula



Luigi Ferrajoli. (2006). Universidad Nacional Autónoma de México. México. (2006. 94 Págs.)
Crisis de la legalidad y Derecho Penal mínimo

¿Qué es el Derecho Penal mínimo?

Para Luigi Ferrajoli la respuesta de un Derecho Penal mínimo frente a la inflación legislativa del derecho penal, no se centra en despenalizar todas las conductas criminales, sino más bien es una propuesta restringida sólo a los derechos individuales correspondientes a los bienes jurídicos merecedores de una tutela. Es decir que solo se consideren delitos todas aquellas conductas graves que lesionan o ponen en peligros derechos fundamentales, de lo cual se excluye los delitos de bagatela, las contravenciones o aquellos sancionados con penas pecuniarias.

José Antonio Mora Alarcón citando a Quintero Olivares expone: “El principio de intervención mínima, aparece en el fondo, ligado al de protección exclusiva de bienes jurídicos. Se fundamenta en la tesis de que el Derecho penal no sólo no se puede emplear para defender intereses minoritarios y no necesarios para el funcionamiento del Estado de Derecho, pues entonces no merecen ser protegidos con tan graves medidas coactivas sin perjuicio de que sean o no respetables, sino que tan siquiera es adecuado recurrir al Derecho penal y a sus gravísimas sanciones, si existe la posibilidad de garantizar una tutela suficiente con otros instrumentos jurídicos no penales. El convencimiento de que la pena es un mal irreversible, y una solución imperfecta, que debe utilizarse solamente cuando no haya más remedio, es decir, tras el fracaso de cualquier otro modo de protección, la pena entendida como ultima ratio, obliga a reducir al máximo el recurso al Derecho penal: intervención mínima...”(1996, pág. 16).

Al referirse al Derecho Penal mínimo como paradigma meta-teórico explica Luigi Ferrajoli designa una doctrina que justifica el derecho penal si y sólo si pueda alcanzar dos objetivos, la prevención negativa, o al menos, la minimización de las agresiones a bienes y derechos fundamentales, y la prevención y minimización de las penas arbitrarias; en un apalabra si y solo si es un instrumento de minimización de la violencia y del arbitrio que en su ausencia se producirían.

El citado autor lo define como la ley del más débil contra la ley del más fuerte, viéndolo desde diferentes perspectivas,

en el momento del sometimiento del delito el sujeto más débil sería la parte ofendida, pero al momento de enfrentar el proceso correspondía al imputado y cuando se ejecuta la pena lo sería el detenido. Al hablar de un Derecho Penal

Garantista, no solo se está haciendo referencia a la protección de la persona a quien se le atribuye una conducta criminal, sino que se constituya un instrumento de tutela efectiva en el que se debe partir por cambiar de paradigma en relación a los fines del Derecho Penal, proteger bienes jurídicos específicos y despenalizar todas aquellas conductas que generan conflictos los cuales pueden ser solucionados de forma administrativa. Lo que pretende el Derecho Penal Mínimo es disminuir la inflación que se ha generado desde el legislativo esto porque se aprueban leyes donde se penaliza cualquier clase de conducta como respuesta a la sociedad en el combate a la criminalidad, pero el fenómeno delictivo no disminuye al contrario va en aumento, esto ha generado que se pierda la confianza en el sistema penal.

Una política de Derecho Penal máximo. La cuestión “seguridad”

En el análisis que realiza Luigi Ferrajoli en relación al sistema penal italiano, señala que no se ha implementado un Derecho penal mínimo como programa reformador del sistema penal, procesal y penitenciario en función de la tutela de los bienes y derechos fundamentales, situación que no ha sido de interés de ninguno de los gobiernos incluidos los de centro-izquierda, a quienes les señala que su política de la justicia ha sido decepcionante. Reclama que ninguno de los males estructurales que aquejan la justicia penal ha sido afrontado seriamente, no han sido capaces ni siquiera de aprobar la eliminación de la cadena perpetua.

Señala a la clase política como un signo coherentemente regresivo, lo cual se debe a un vacío de política y de la falta de capacidad de proyección e innovación, pues no existe una elemental voluntad reformadora de tipo progresista del Derecho penal. Señala que en Italia todos saben que la criminalidad ha disminuido, que sus ciudades están entre las más seguras del mundo. Sin embargo

las campañas electorales tienen un denominador común y es que los políticos ofrecen mayor seguridad contra la delincuencia que existe en las calles, a pesar que los índices delincuenciales han disminuido.

Con este tipo de campañas electores publicitarias que tipo de mensajes se le está enviando a la población, el primero, sugiere la idea de que la criminalidad, la verdadera criminalidad que es necesario prevenir y perseguir es únicamente la que ocurre en las calles o la que se da por razones de subsistencia. Pero deja por un lado dos delitos de cuello blanco es decir los delitos de caballeros, tales como la corrupción, balances falsos, fondos negros y ocultos, fraudes fiscales, o lavado dinero. Entonces a qué tipo de actividades se refieren los políticos que van a combatir. El segundo, se dirige al tema de la seguridad, pero no a la social la cual es una garantía de la satisfacción de los derechos sociales, sino al de seguridad pública, reducida a la forma del orden público de policía, en lugar de la que se refiere al estado social. Y esto es así no porque la seguridad social se haya logrado, sino por el contrario, porque la movilización contra el marginado, el diverso preferiblemente extra-comunitario funciona como pasatiempo y al mismo tiempo ofrece satisfacción al sentimiento difuso de inseguridad social generado, más que por la crisis de la política y de los viejos lazos de solidaridad, por la reducción de las garantías de derecho del trabajo y del estado social.

La política de derecho penal máximo basada en la cuestión de seguridad tiene su asidero debido a las campañas electorales, la alarma cotidiana que ofrecen la prensa y la televisión de cada suceso que acontece en Italia, cita Luigi Ferrajoli, ha generado miedo en la población, lo cual es aprovechado por la clase política para proponer soluciones que van de detrimento de un derecho penal garantista. Se pregunta el autor, del porque el miedo no disminuye en la población, en este círculo vicioso hay obviamente una enorme responsabilidad de los medios de comunicación, por la continua conversión de la criminalidad en un espectáculo y de la respuesta penal, tanto legislativa como judicial.

Deviene de ese miedo incrustado en la población por el tema de seguridad, de la forma como los medios propagandísticos han presentado la criminalidad como un espectáculo, se presenta como una herramienta de salvación la agravión de las penas, lo cual ha traído consigo no solo el aumento de las penas privativas de libertad sino la creación de otros tipos penales con lo cual se ha generado la llamada inflación penal, pero en ningún.

Momento ha servido como medio disuasivo para la disminución de las actividades delictivas. Crítica Ferrajoli que los “paquetes de seguridad” son tanto inútiles en razón de las dimensiones objetivas del fenómeno que pretenden evitar como dañosas en relación con su percepción subjetiva: o sea del sentido de inseguridad y temor que ellos mismos acreditan y alimentan.

Ciertamente es más fácil emitir leyes represivas que echar mano a las políticas sociales o al menos abstenerse en lo que hace a la previsión, instrucción, seguridad en el trabajo, hospitalidad e integración de los inmigrantes de las políticas antisociales.

La crisis del principio de legalidad

Principio de ambién llamado principio de reserva por Garrido Montt, “Este se resume en el aforismo en latín universalmente empleado nullum crimen, nullapoena sine legem, es decir, no hay crimen ni pena sin que previamente una ley así lo haya determinado. (2010, pág. 30)

El autor antes mencionado atribuye a Feuerbach como el creador intelectual del principio de legalidad, el cual fue consagrado en el artículo ocho de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en el marco de la Revolución Francesa: “La ley no debe imponer otras penas que aquéllas que son estricta y evidentemente necesarias; y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ofensa y legalmente aplicada (2010, pág. 30)”.

La finalidad del principio de legalidad, es limitar el poder punitivo del Estado, a través de sancionar únicamente aquellas conductas que estén señaladas en la ley como delitos, es de esta manera que Luigi Ferrajoli hace referencia al colapso del citado principio y con esto de la capacidad regulativa de la ley, esto porque dicho principio constituye un límite en todo el sentido de la palabra, tanto para el ámbito subjetivo penal como para el procesal.

Ferrajoli hace referencia a la crisis del principio de legalidad pues a su juicio considera que están desfalleciendo las funciones públicas sobre las cuales se basa el Estado de Derecho, las cuales señala que son tres: 1) asegurar sobre todo la certeza del derecho, que está representada por la garantía de igualdad frente a la ley, por la libertad del ciudadano frente a los castigos arbitrarios, incluso antes de estas garantías, por el conocimiento y la credibilidad en el sistema penal; 2) asegurar la sujeción del juez a la ley, que es garantía de la inmunidad del ciudadano contra el arbitrio de los jueces y, al mismo tiempo, fundamento de la independencia de la magistratura y de la división de poderes, y 3) asegurar la primacía de la legislación, y por lo tanto de la política y de la soberanía popular, en la definición de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal y consecuentemente en la exacta configuración como delitos de las lesiones que éstos sufran.

Expone que la crisis se debe porque se ha desquebrajado la relación entre la cultura jurídica, la legislación y la jurisdicción. La primera porque ha perdido su función de guía y orientación para las otras dos, ha venido a menos su autoridad científica, la capacidad de realizar formulaciones semánticas, de solucionar técnicamente los problemas y la firmeza en sus principios. La segunda, porque no tiene soporte de la cultura jurídica, ha perdido totalmente su racionalidad y coherencia y ha acentuado

el casos normativo volviendo aún más difícil la función de sistematización de la justicia. Respecto a la tercera, esta se enfrenta la ausencia de una cultura jurídica y la inflación de la legislación penal.

Por un programa de Derecho Penal mínimo. La reserva de código

La gravedad de la crisis a la que se refiere Luigi Ferrajoli tiene como consecuencias que corre el riesgo de arrasar con la credibilidad en el derecho y la jurisdicción penal la única respuesta racional es precisamente la refundación por completo del sistema penal, tendiente a restaurar la eficiencia y garantías que hemos expresado con el modelo normativo del derecho penal mínimo.

La crisis del principio de legalidad se debe en parte a la inflación legislativa, pues esta se viene a cargar la maquinaria judicial con una cantidad de procesos que no es posible que pueda llevar a cabo, está convirtiéndose ahora en el principal factor de ineficiencia, privándola de los procesos para los actos mayormente lesivos de bienes fundamentales. Así también, las garantías requeridas por el modelo normativo del derecho penal mínimo no son solamente garantías contra el arbitrio, sino también garantías contra el error; no son sólo garantías de inmunidad para el ciudadano, sino también

garantías de verdad, cuya ausencia o violación produce costos de injusticia inaceptables además de contrarios a las finalidades preventivas del derecho penal que son aseguradas, evidentemente, por la correcta comprobación de las responsabilidades penales y no por la eficiencia represiva de los aparatos judiciales.

Concluye el autor, el reforzamiento del principio de legalidad mediante la sustitución de la simple reserva de ley por una reserva de código; entendiendo con esta expresión el principio, que debe introducirse a nivel constitucional, según el cual ninguna norma puede ser introducida en materia de delitos, de penas y de procesos penales si no es a través de una modificación o una integración que se apruebe con procedimientos agravados, del texto del código penal y procesal penal. Estas normas se convertirían así en textos normativos exhaustivos y al mismo tiempo exclusivos de toda la materia penal, de cuya coherencia y sistematicidad debería hacerse cargo siempre el legislador. No se aumentaría la capacidad regulativa en relación con los ciudadanos y los jueces. La drástica despenalización que le seguiría comenzando por el derecho penal burocrático que está formado por el cúmulo de delitos hoy castigados como contravenciones o con simples penas pecuniarias sería largamente compensada por el aumento de la certeza, de la efectividad y del nivel de garantismo del sistema.

Conclusiones

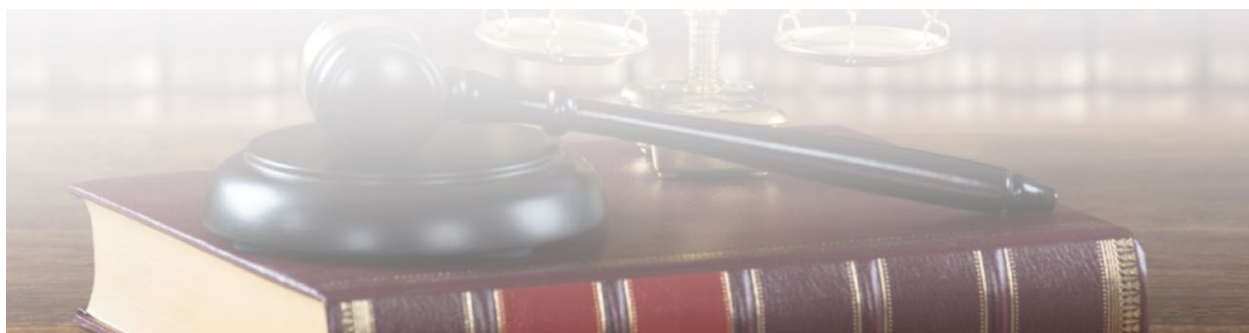
Que la política en General del Derecho Penal mínimo se ha implementado en los sistemas penales en función de la tutela de los bienes y derecho fundamentales con un elemento de voluntad de tipo progresista.

Ante la crisis del Principio de Legalidad cuya función esencial es limitar el poder punitivo del Estado ya que este colapso tiende a regularse a través de los principios y límites en el ámbito subjetivo del derecho penal y el soporte a la cultura jurídica.

Bibliografía

Garrido Montt, M. (2010). Derecho Penal, Parte General. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
Mora Alarcón, J. A. (1996). Sistema de Derecho penal. Madrid: Edisofer.

Garantismo Penal César Augusto Avila Aparicio Luigi Ferrajoli. (2006) Garantismo Penal. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2006. 94 pags.





LAWFARE O GUERRA JURÍDICA Y LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Magistrada

ALBA SUSANA LÓPEZ RACANAC

Sala Tercera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Guatemala

Resumen:

En un mundo globalizado y que se encuentra a las puertas de un nuevo orden mundial, las guerras han cambiado ya no se llevan a cabo de forma física algunas son la excepción como el conflicto (híbrido) de Ucrania. Actualmente se realizan a través de acciones y medidas que son implementadas desde el exterior de los Estados, entre otras guerras actuales se encuentran la guerra jurídica, guerra cibernética, guerras económicas, las cuales son clasificadas como guerras asimétricas de quinta generación.

En ese contexto se abordará la lawfare o guerra jurídica, cuya característica es utilizar el derecho como un arma en contra de los enemigos, siendo los actores grupos políticos, organizaciones no gubernamentales, organismos internacionales con algún sesgo ideológico e interés político, organizaciones internacionales de derechos humanos, medios de comunicación, personajes de la vida social y política en general.

El tema adquiere singular importancia para el Sistema de Justicia (Organismo Judicial, Ministerio Público, Defensa Pública, Instituto Nacional de Ciencias Forenses) debido a los ataques constantes a través de la denominada guerra jurídica, dando como resultado que se haya politizado la justicia y judicializado la política. La Lawfare, se realiza a través de la promoción de opiniones vertidas por diversos grupos sociales, personajes de la vida política y académicos, construyendo una serie de intrigas en contra del sistema de justicia, campañas en defensa de libertad de prensa, defensa de los derechos humanos, demandas sociales, demandas políticas, cuyo fin es político. Generalmente es impulsada por grupos interesados en asumir el poder (golpe blando), de una manera distinta a un conflicto armado, usualmente financiada por intereses económicos y políticos extranjeros.

Palabras clave: Orden mundial, Lawfare, guerra jurídica, derecho como arma, enemigos políticos, sistema de justicia, politización de la justicia, fin político control del Estado.

Definición de la Lawfare o Guerra Jurídica

La Lawfare es otra forma de nombrar la guerra en el ámbito judicial. El concepto de Lawfare hace referencia al uso de procesos legales para inmovilizar políticamente o destituir a quienes ocupan cargos públicos en un país. Es un término derivado de la contracción gramatical de las palabras en inglés “Law” que significa ley, “Warfare” que significa guerra, cuya traducción se puede definir como guerra jurídica, por el uso del derecho como arma de guerra, en contra de los enemigos especialmente políticos, funcionarios públicos, que son contrarios a los intereses de quienes la promueven. (Vasquez, 2018). Y es utilizada para describir una forma de guerra asimétrica, basada en las leyes de un Estado o Nación.

La “guerra jurídica” se define como el uso por parte de fuerzas de oposición de sistemas judiciales nacionales e internacionales, para lograr la victoria y ganar legitimidad,

por cuanto no pueden enfrentar militarmente al gobierno. (Padilla, 2012). La característica de esta guerra es que hace uso y abuso del derecho, implementado a través de la manipulación de la información que es transmitida a través de los medios de comunicación masiva, y recientemente a través de las redes sociales, para movilizar la opinión pública contra un oponente o enemigo interno con el objetivo de alcanzar un fin político. Tanto la ley como la guerra connotan poder y es precisamente este poder compartido lo que constituye la base del uso de lawfare como un arma de la guerra asimétrica moderna (Tiefenbum, 2011).

La Lawfare o Guerra Jurídica, es una práctica común en todos los Estados, los eventos más recientes son los cambios de gobiernos, cambios de sistemas de justicia en países latinoamericanos, utilizando los

medios de comunicación, y los medios electrónicos para condenar, sentenciar y destruir a funcionarios públicos o enemigos políticos cuyos casos fueron judicializados. En Latinoamérica se puede observar que la guerra jurídica ha sido utilizada para realizar cambios políticos a través de reformas constitucionales, las cuales se han utilizado para dar golpes de Estado blandos. Se denomina golpe de Estado Blando a un conjunto de técnicas conspirativas no frontales y principalmente no violentas con el fin de desestabilizar un gobierno, sin que parezca que ha sido la acción de otro poder, en este tipo de acciones van implícitas muchas acciones de tipo jurídico.

Entre las tácticas más habituales del lawfare están la manipulación del sistema legal para abrir procesos sin pruebas, influir y sembrar confusión entre la opinión pública, o bloquear los intentos de los implicados para recurrir las acusaciones y defender sus derechos (Moreno, 2021).

La teoría política de Carl Schmitt, filósofo político y jurista alemán, cuyo trabajo sirvió de soporte ideológico y jurídico al nazismo; actualmente es de gran importancia en este tema, ya que las premisas que el observo se han vuelto reales y son utilizadas como inspiración y justificación ideológica a las tendencias autoritarias que se abren camino en un mundo marcado por la crisis de las democracias y del Estado de derecho, el cual es utilizado y sirve de justificación, para que grupos que prometen superar la crisis, utilicen al derecho como un arma para derrotar al enemigo interno de turno; así el derecho se convierte en la vestidura de la guerra.

El Inicio del Cambio Jurídico

No se puede soslayar que el derecho es producto cultural que se origina en la sociedad, para normar la conducta de los ciudadanos y establecer un orden en las relaciones sociales y políticas de un Estado a través de una Constitución, que contiene los lineamientos y valores generales de su sistema de justicia. Por ello, el principio de legalidad es la primera exigencia de la concepción liberal moderna del Estado de derecho, a partir del cual la acción del Estado debe basarse en reglas generales, claras y vinculantes que limiten sus actividades. (Iturralde, 2003,). En ese sentido, Gutiérrez (2021) expresa que “la Constitución es un pacto social, político, jurídico, ético, moral y cultural” (p. 16) por medio del cual se organizó jurídica, y políticamente el Estado de Guatemala.

La globalización y su influencia en el cambio jurídico es evidente, las corrientes modernas (neoconstitucionalismo) preconizan la vigencia y respeto a los derechos humanos, y no solo se exige el respeto a la persona individual a quien se le garantizan derechos subjetivos, sino que, además principios de un orden social, que la Constitución Política de la República de Guatemala los contiene.

El ordenamiento jurídico y político de los Estados está siendo permeado a través de la firma de los convenios internacionales que abogan por ir más allá de los

derechos humanos de primera, segunda, tercera y cuarta generación y recientemente se ha acuñado otra serie de derechos humanos como, por ejemplo: el derecho al aborto, el matrimonio entre personas del mismo sexo. Es importante traer a la vista la reflexión del Filósofo alemán Gunter Jakobs “Aunque hoy en todo el mundo se habla mucho de los derechos humanos, sostiene Jakobs, lo que realmente les importa a los países no es lo humano, sino la expansión económica, y ve como signos de decadencia mundial la proliferación del aborto y el desprecio del concepto de familia: “No tengo esperanza en el mejoramiento de las sociedades modernas, pero sí creo en las esperanzas privadas de cada persona”. Las consecuencias de este nuevo orden jurídico crean conflictos sociopolíticos, enfrentamientos entre grupos religiosos, y protestas que provocan daños no solo a la propiedad privada, sino a todos los ciudadanos, desembocando en un Estado de ingobernabilidad. Así, el derecho internacional, ha creado jurisdicciones globales, regionales y comunitarias, que se han vuelto instrumentos de otros Estados y actores políticos con diversidad de ideologías políticas.

De esa cuenta, la guerra jurídica, va más allá de un cambio normativo, que se convierte en el instrumento esencial de la política y el cimiento ineludible de toda democracia, ya que esta no puede existir fuera del estado de derecho, como la política no puede transformar el mundo si no es mediante el uso del derecho, de allí la importancia del estudio con verdadera objetividad de las nuevas tendencias de Derechos Humanos.

Los recientes eventos políticos y jurídicos en los diferentes Estados latinoamericanos hacen evidentes que se ha hecho uso indebido de la aplicación del derecho, al utilizarlo como un arma de tipo ideológica, lo que ha cambiado el paradigma local, de la mano con la aplicación de convenios de carácter universal. Como señala el autor Olmedo Vásquez, se está violando la soberanía de los países de decidir sobre sus normas y asuntos políticos internos, y cada día representa menos la voluntad política de un Estado, al haber “un uso interno ilegítimo del derecho internacional a través de procedimientos legales y procedimentales, especialmente en los temas de soberanía, propiedad privada, seguridad nacional, y la verdadera naturaleza del ser humano” (p. 33).

Aunque preocupante es que el derecho sea utilizado como un mero instrumento ideológico, debido al uso y abuso de la ley e instrumentos jurídicos para fines de persecución política con el fin de destruir la imagen pública o inhabilitar a un adversario político (guerra jurídica) que nos lleva al otro fenómeno, conocido como Judicialización de la Política, y la Politización de la Justicia. Los casos más emblemáticos a nivel internacional son, por ejemplo: Los enjuiciamientos de los expresidentes Lula Da Silva, Donal Trump.

Desde este punto de vista la Judicialización de la Política y la Politización de la Justicia, son dos conceptos diferentes aplicados para situaciones distintas, pero que

con llevan en su aplicación el uso del derecho. El primero es la interferencia de los jueces en conflictos de carácter político, por lo que al emitir sus resoluciones no lo hacen con fundamento jurídico, sino que basados en intereses de tipo político ideológico. Dicho de otra forma, se dice que los juzgadores están actuando basados en razones políticas y no jurídicas. Entonces se puede hablar de judicializar la política ya que el juez se extralimita en su función al invadir un campo en el que no es competente, vulnerando así el principio de división de poderes.

En el supuesto que un Juez o Magistrado tenga que juzgar a personas políticas, debe hacerle frente a su responsabilidad jurídica, conforme a la ley, ya que al ser un poder independiente no es políticamente responsable ante ningún otro. Por lo que al emitir sus fallos debe realizarlo apegado a la Constitución Política de la República y las leyes, poniendo en práctica la independencia judicial, además de observar el principio de legalidad y los principios constitucionales del debido proceso, los que llevan implícito el derecho de defensa. En esa función el juez está cumpliendo con una función imprescindible en un Estado de derecho: controlar jurídicamente al poder, y garantizando la Independencia Judicial y la independencia de poderes.

El problema surge cuando con el fin de proteger supuestamente la seguridad de la sociedad justificaría aparentemente la restricción de derechos fundamentales a algunas personas, así como el uso indiscriminado de formas de coacción legal como ordenar las detenciones arbitrarias, el inicio de procesos judiciales sin una fundamentación en hechos sólidos, o bien la aplicación forzada o extensiva de acciones y conductas que no acaban de encuadrar en los tipos penales, e incluso se acude a las reformas legislativas para endurecer las penas para determinados delitos “de enemigo” y la redacción y ejecución de sentencias contundentes y ejemplarizantes que defiendan a la sociedad de la amenaza que el enemigo representa. La mejor síntesis la hace el propio Günther Jakobs: “el enemigo tiene

menos derechos”. Günther Jakobs, una de las máximas autoridades mundiales en teoría del derecho, desató una acalorada polémica al afirmar que, en la actualidad, para el poder penal del Estado no todos los ciudadanos son personas, sino que están “las personas y los enemigos”. (Palaciones Valencia, 2010)

Partiendo de esa premisa, es importante que el Juez o Magistrado, mantengan su independencia judicial, basado en los principios rectores constitucionales del Poder judicial, especialmente en su práctica jurisdiccional. Dentro de esos principios rectores la independencia judicial es la más importante “El juez independiente es aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo” (Iberoamericana, 2001). La constitución Política de la República de Guatemala, regula (...) Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y las Leyes. Por ello debe de evitar la injerencia de otros poderes del Estado (politización de la Justicia), tomando en consideración que la división de los poderes es la base de un Estado de Derecho.

En ese contexto, se concluye que la Lawfare o guerra jurídica, influye de manera negativa en el que hacer de la función jurisdiccional y en la aplicación de justicia, porque se utiliza la manipulación, que no necesariamente es una mentira sino un manejo artero de la información, más exactamente la propaganda como manejo de poder, tal y como lo manifiesta Antón Tursinov (2012), al referirse a la manipulación del discurso, y las llamadas fake news o noticias falsas, en las que se resalta lo que al manipulador le interesa y desprecia lo que en realidad debiera ser objetivo de la noticia, es decir, verdades a medias. Es por ello imprescindible evitar la cobertura mediática, ya que esta tiende a ejercer presión sobre los adversarios políticos o los jueces y su entorno; haciéndolo vulnerable a tomar decisiones políticas no objetivas.

Conclusiones

Lawfare o guerra jurídica es la utilización de la ley y de los procedimientos jurídicos como arma de guerra, en donde los procedimientos judiciales son utilizados por los diferentes grupos políticos como una forma de perseguir a aquellos que fueron estigmatizados como enemigos. Los medios de comunicación y redes sociales condenan a la persona sin haber sido citada, oída y vencida en juicio.

En ese contexto, la guerra jurídica expone a los juzgadores a una serie de ataques mediáticos, en virtud de la creación de un rechazo de la población, poniendo en peligro muchas veces la integridad física del juzgador, su familia, su prestigio, honorabilidad, y toda una vida. Lo más preocupante es que se viola la independencia judicial de los juzgadores.

Citas Bibliográficas

Gutierrez Dávila, A. J. (2020). Fundamentos Filosóficos de la Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala: Ohio Print and Paper, S.A. Guatemala. Recuperado el 23 de septiembre de 2022

Iturralde, M. (2003,). Guerra y derecho en Colombia: el decisionismo político y los estados de excepción como respuesta a la crisis de la democracia. Colombia: Revista de Estudios Sociales.

Moreno, P. (marzo de 3 de 2021). ¿Qué es el lawfare, la guerra jurídica partidista? Madrid. En: [doi:https://elordenmundial.com/que-es-lawfare-guerra-juridica-partidista/](https://elordenmundial.com/que-es-lawfare-guerra-juridica-partidista/)

Padilla, J. M. (2012). La Guerra Jurídica Caso Colombiano (Vol. 20). Bogota, Dc. Colombia, Colombia: Revista Científica General Jose María Córdova. doi:<https://doi.org/10.21830/19006586.230>

Toursinov Antón, A. (marzo a septiembre 2012). El Poder Coercitivo de la Manipulación en los Discursos Propagandísticos. (Vols. 36-37). (R. d. Marroquin, Ed.) Guatemala: Laissez-Faire, 36-37:1-7. Recuperado el 22 de septiembre de 2022

Vasquez, O. A. (2018, 2a. Edición). Guerras de Cuarta Generación, pag. 93. Guatemala,/Miami.: Editorial Episteme, 2018.



LA JURISPRUDENCIA EMITIDA CON RELACIÓN A DELITOS DE FEMICIDIO Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y VIOLENCIA SEXUAL

“El autor, es el único responsable del contenido íntegro del presente artículo”.



Magistrado

NOÉ ADALBERTO VENTURA LOYO

Sala de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal de Delitos de Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer, Guatemala

Normativa y Judicatura Especializada en Género en Guatemala

Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer Decreto 22-2008

PARTE SUSTANTIVA

NATURALEZA DE LA LEY

La Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer es una ley penal, de orden público, cuya observancia es imperativa tanto en su carácter tutelar como sancionador. Es una ley especial ya que su objeto es garantizar la vida, la libertad, la integridad, la dignidad, la protección y la igualdad de todas las mujeres, como una medida legislativa afirmativa. En tal sentido deberá aplicarse, ante los hechos de violencia en contra de las mujeres, en sus distintas manifestaciones.

TIPOS PENALES

La violencia contra las mujeres es una violación a los Derechos Humanos, debe visualizarse en su entera magnitud, razón por la cual, en su creación, se definen los tipos penales tales como: **FEMICIDIO**: Es la expresión máxima de la violencia contra las mujeres y constituye la muerte violenta de una mujer, ocasionada en el contexto

de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres. **VIOLENCIA FÍSICA**: Comprende acciones que pueden producir daño o sufrimiento físico, el cual conlleva al daño psicológico y/o emocional a una mujer. Por lo tanto, la violencia física no se desliga de la violencia psicológica, están íntimamente relacionadas. Para que esta conducta configure el tipo penal de violencia física contra la mujer se requiere, además, que el daño causado pueda generar en la víctima sufrimiento físico, no necesariamente lesiones visibles. Este tipo penal no debe encuadrarse como falta ni como lesiones, por aplicarse la Ley Especial de la materia. **VIOLENCIA SEXUAL**: La acción de ejercer violencia sexual, como un tipo penal de violencia contra la mujer, requiere que vulnere los bienes jurídicos tutelados de libertad e indemnidad (seguridad) sexual de la mujer. Incluye, entre otros actos de humillación sexual, prostitución forzada, negación del derecho de hacer uso de métodos de planificación familiar y de medidas de protección contra infecciones de transmisión sexual. **VIOLENCIA PSICOLÓGICA**: Acciones que puedan producir daño o sufrimiento, psicológico o emocional a una mujer, a sus hijas o a sus hijos, así como las acciones, amenazas o violencia contra las hijas, los hijos u otros familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de la víctima, en ambos casos con el objeto de intimidarla, menoscabar su autoestima o controlarla, la que sometida a esa clima emocional puede sufrir un progresivo debilitamiento psicológico con cuadros depresivos. **VIOLENCIA ECONÓMICA**: En consecuencia el tipo exige el resultado a las conductas siguientes: Destruya u oculte documentos justificativos de dominio o de identificación personal, o bienes objetos personales, instrumentos de trabajo que le sean indispensables para ejecutar sus actividades habituales, menoscabar, limitar o restringir la libre disposición de sus bienes o derechos patrimoniales o laborales, obligar a la mujer a suscribir documentos que afecten, limiten, restrinjan su patrimonio o lo pongan en riesgo. Se transcribe la Jurisprudencia atinente a los tipos penales que regula el Decreto 22-2008, emitidos por la Honorable Cámara Penal y la Corte de Constitucionalidad y se enuncia de forma sistemática la más relevante de los fallos emitidos. Casación No. 11-2011 Sentencia del 01/04/2011“...En el motivo de fondo, invocó como caso de procedencia el contenido en el numeral 5 del artículo 441 del Código Procesal Penal, (...) Esta norma contempla tres supuestos susceptibles de concurrir para verificar la vulneración al precepto constitucional o legal denunciado, entre los cuales se integra la falta de aplicación de alguno de éstos (que es el vinculante para resolver esta casación), que procede cuando el juzgador omite aplicar la norma que corresponde al caso concreto. El artículo

señalado como infringido, por falta de aplicación, es el 10 del Código Penal, (...) De los antecedentes se extrae que el tribunal de sentencia tuvo por acreditada la participación del procesado en la comisión del hecho que se le imputa, (...) En cuanto al tipo penal de Femicidio, el artículo 6 inciso h de la Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, regula: "Comete el delito de Femicidio quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer, por su condición de mujer, valiéndose de cualquiera de las siguientes circunstancias: (...) h) concurriendo cualquiera de la circunstancias de calificación contempladas en el artículo 132 del Código Penal (...)", contemplando la pena de veinticinco a cincuenta años de prisión. Al cotejar los hechos acreditados con las características del tipo penal descrito, se extraen los siguientes elementos: a) autor: un hombre, el procesado Juan Antonio Ordóñez Hernández; b) víctima: una mujer de cualquier edad, Leticia Yaneth Soto ovando Rodas; c) verbo rector: dar muerte; d) dolo específico: intención de dar muerte a una mujer, en el marco de las desiguales relaciones de poder entre hombres y mujeres, que particularizado al presente caso, se complementa con las circunstancias calificativas contenidas en el artículo 132 del Código Penal. Por lo indicado, la Cámara Penal estima que no se ha violado, por falta de aplicación, el artículo 10 del Código Penal, toda vez que sí existe concordancia entre los hechos acreditados, cometidos por el condenado, que son susceptibles de encuadrar en el tipo penal de Femicidio; es decir, que existe el nexo causal entre la acción, el resultado y la imputación objetiva de ese resultado al sujeto activo, que constituye un presupuesto mínimo para exigir la responsabilidad por tal comisión. (Criterios Jurisprudenciales De La Corte Suprema Justicia). Expediente No. 102-2011 Sentencia de Casación del 02/08/2012"... La tipificación consiste en la adecuación del hecho a la descripción típica, siendo susceptibles de ese encuadramiento sólo aquellos hechos acreditados en juicio. El argumento central del casacionista consiste en que, la Sala de apelaciones inobservó que de los hechos acreditados se desprende que la acción del acusado, es susceptible de tipificarla en el delito de violencia contra la mujer; por lo que no es procedente absolver al acusado. La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 48/104 del 20 de diciembre de 1993) estipula: "(...) violencia contra la mujer se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada". Por su parte el artículo 3 de la Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, define los diferentes conceptos que contiene dicha ley. En el caso que nos atañe, los siguientes: a) Víctima: es la mujer de cualquier edad a quien se le inflige cualquier tipo de violencia; b) Violencia contra la mujer: toda acción u omisión basada en la pertenencia al sexo femenino que tenga como resultado el daño inmediato o ulterior,

sufrimiento físico, sexual, económico o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en el ámbito público como en el ámbito privado; c) Violencia física: acciones de agresión en las que se utiliza la fuerza corporal directa o por medio de cualquier objeto, arma o sustancia con la que se causa daño, sufrimiento físico, lesiones o enfermedad a una mujer; y, d) Relaciones desiguales de poder: manifestaciones de control o dominio que conducen a la sumisión de la mujer y a la discriminación en su contra. Esta Cámara estima que para estos casos, en que la mujer es objeto de violencia física, se cuenta con una ley específica. Por lo mismo, es la aplicable, y excepcionalmente, lo podrá ser otra norma de carácter general como lo expone con claridad el último párrafo del artículo 7 de la ley *Ibíd.* Por ello no se comparte el criterio del tribunal de sentencia, ni de la Sala, en el sentido que ni siquiera por el delito de lesiones se podría condenar al acusado; toda vez que no es por lesiones que se está juzgando, sino por la violencia ejercida en contra una de las mujeres. El tribunal de sentencia acreditó los hechos mediante la prueba producida en el debate, específicamente con la declaración y dictamen de la perito Guadalupe de la Luz Menéndez Monjes, los que inciden de manera directa en que concurrieron los componentes típicos suficientes para tener por configurado el delito de violencia contra la mujer en contra Genoveva Catalán Lara, pues recibió agresión física de su suegro, lo que demostró que el acusado incurrió en responsabilidad penal. Al cotejar los hechos acreditados con las características del tipo penal establecido en el artículo 7 de la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la mujer, se extraen los siguientes elementos: a) autor: un hombre, el procesado Rodolfo René Taque González; b) víctima: una mujer de cualquier edad, Genoveva Catalán Lara; c) verbo rector: ejercer violencia; d) dolo: el ánimo de causar daño a la víctima; e) mantener o haber mantenido con la víctima relaciones familiares y de convivencia: ser nuera del procesado y convivir en la misma residencia. De lo anterior descrito y al confrontarlo con los hechos probados arriba, se desprende la consumación de la acción y su resultado. En el presente la relación desigual de poder se dio cuando el sindicado aprovechó la noche para ingresar sin autorización a la residencia de su ex conviviente, y procedió a agredirlas, porque sabía que ahí, sólo vivían ellas y dos menores de edad, y que no vivían más hombres que pudieran defenderlas, y que no obstante que en varias ocasiones las víctimas habían intentado sacarlo de la residencia, éste siempre ingresaba por la fuerza. En relación a la vulneración del inciso m) del artículo 3 de la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, ésta no fue acreditada, pues no se aportó pericia en juicio, que pudiera establecer que el acusado haya menoscabado la autoestima de la señora María Olga Revolorio Pineda, ni que la haya sometido a un clima emocional que le provocará un progresivo debilitamiento psicológico con cuadros depresivos. En cuanto a la graduación de la pena a imponer por la comisión de dicho ilícito, con observancia que de conformidad a lo regulado en el artículo 65 del Código

Penal, este tribunal encuentra que, no se acreditaron circunstancias agravantes que permitan imponer una pena que supere la mínima contemplada en el rango del tipo. En tal virtud debe condenársele a la pena de cinco años de prisión, que de conformidad con los artículos 50 y 51 del Código Penal, debe ser conmutada, a razón de cinco quetzales por cada día de prisión que deje de cumplirse, pues no se acreditaron las condiciones económicas del penado... ” CASACIÓN 264-2011 Sentencia 09/08/2011 “...La violencia contra la mujer tanto física como psicológica, es objeto de una regulación específica contenida en la ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer. Por lo mismo, es la aplicable y excepcionalmente, lo podrá ser otra norma de carácter general como lo expone con claridad el último párrafo del artículo 7 de esta Ley. Por ello, no se acepta el criterio del recurrente, en el sentido que se le debe juzgar por el delito de lesiones; toda vez que no es por lesiones que se está juzgando, sino por la violencia ejercida en contra de la víctima. Se probó la lesión causada con el machete corvo, y los golpes que el sindicado le asestó en varias partes del cuerpo, al haberse presentado armado con un machete, en forma violenta, intimidatoria, y agresiva a la casa de la señora ERICKA BETZAIDA MALDONADO PINTO. Por lo que el hecho se tipifica como delito de violencia contra la mujer, como lo hace la sala recurrida, al concurrir las definiciones que lo integran como lo es ámbito público que comprende las relaciones interpersonales que tengan lugar en la comunidad y que incluyen el ámbito social, laboral, educativo, religioso o cualquier otro tipo de relación que no esté comprendido en el ámbito privado, dentro de las cuales se cometen los hechos violentos contra la mujer, como en el presente caso [...] se considera que los hechos acreditados se adecuan sin forzamiento con los supuestos contenidos en el artículo 7 inciso b) de la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer. Es por ello que no basta con adherirse a una concepción para declarar la protección de la mujer como género, sino que es fundamental aplicar la Ley como una herramienta jurídica indispensable para juzgar y penalizar las acciones delictivas en contra de la mujer. Por lo mismo, se estima improcedente el recurso de casación que por motivo de fondo planteó el procesado, en cuanto a la calificación jurídica. Ahora bien en cuanto a la pena impuesta por la comisión de dicho ilícito, Cámara Penal establece que la Sala no fundamenta su graduación, considerando los parámetros establecidos en el artículo 65 del Código Pernal, y al no haberse acreditado ninguno de éstos, debe imponérseles la mínima que contempla el rango del tipo que es de cinco años y así debe resolverse en la parte correspondiente...”; Casación No. 783-2011 Sentencia del 03/10/2011 “...Cabe indicar que, al subsumir la plataforma fáctica con el tipo penal de violencia contra la mujer, se obtiene el siguiente resultado típico: a) el sujeto activo es de sexo masculino, Edwin Alfredo de Luca Torres; y la víctima, de sexo femenino, María Luisa Román Duarte. b) Las agresiones se realizaron en el ámbito privado, dado que el señor Edwin Alfredo de Luca Torres y la señora María Luisa Román Duarte, tenían una relación familiar de convivencia

marital, dentro de la cual han procreado dos hijas. c) El elemento subjetivo que debe concurrir es el dolo de causar daño, aunado al hecho que la víctima es mujer: en éste puede distinguirse el dolo directo, que es cuando la intención se dirige a causar daño físico, sexual o psicológico; y el dolor eventual, que es cuando teniendo la intención de causar un mal menor, el sujeto activo se representa como posible el resultado de causar la clase de daño agresión física producida por el procesado denota un dolo eventual, en virtud que inició con una discusión en la que tuvo como posible agredió físicamente a la víctima y ejecutó el acto de agresión, valiéndose de la condición de esta por el hecho de ser mujer por lo indicado, Cámara Penal avala lo resuelto por la sala que confirmó la sentencia de primer grado, en virtud que los hechos no se subsumen en una falta contra las personas, sino en el tipo penal de violencia contra la mujer, pues, no se juzga la clase de lesión causada ni el tiempo que durará su tratamiento médico, sino la violencia ejercida en las condiciones referidas...” La materialización del hecho exige que se ejecute la acción dentro del contexto de violencia señalada y cualesquiera de las circunstancias que se describen en el tipo penal. Para el encuadramiento del tipo penal de violencia contra la mujer, por violencia sexual, se requiere la vulneración de la seguridad o libertad sexual de la mujer, que puede conllevar la violencia física o psicológica y que haya tenido cualquiera de las finalidades descritas en el delito. Este resultado se materializa desde el momento de la comisión del delito. “Expediente No. 1289-2013 Sentencia de Casación del 03/04/2014 “... Cámara Penal determina que la sala si resolvió al agravio presentado, y encuentra que la respuesta de la sala es suficiente, por los elementos trascendentales [...] Únicamente a manera de referencia, esta Cámara encetra en su análisis que los hechos acreditados fueron dos, en contra de la misma persona, la menor de siete años, en dos distintas fechas, con el mismo propósito sexual, y de acuerdo a tales hechos, con violencia física y psicológica (por amenazas), y aún, en el caso de que no hubiera sido acreditada la violencia, por la edad de la víctima menor de catorce años, el delito penalmente se considera cometido (artículo 173 Bis. Código Penal, segundo párrafo). Siguiendo el criterio ya sustentado, que de las reglas del delito continuado quedan excluidas las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales y, en el caso de delitos de violencia sexual, donde el bien jurídico protegido es la libertad e indemnidad sexual de las personas, en consecuencia estos hechos no pueden ser incluidos en los delitos a los que se les aplica la unidad de delitos en forma continuada, sino que se les sanciona en concurso real de delitos. Sin embargo por el principio del *reformato in peius*, contenido en el artículo 422 del Código Procesal Penal, solamente se hace la observación, y se mantiene la sentencia recurrida...”Expediente No. 1234-2013 Sentencia de Casación del 12/02/2014 “... se determina que la sala para declarar improcedente el reclamo del apelante tuvo como sustento los hechos probados por el A quo, cuya subsunción aprecio correcta en el tipo penal de violación con agravación de la pena, criterio que comparte esta Cámara, pues fueron probadas las

circunstancias que permitieron al A quo agravar la pena en dos terceras partes, reguladas en el artículo 174 numeral 4 del Código Penal, al haberse probado el embarazo de la menor agraviada a consecuencia de la violación sufrida y el posterior nacimiento del menor [...] la condena impuesta al procesado por el delito de violación con agravación de la pena se encuentra plenamente justificada. En ese sentido, la labor de adecuación de los hechos probados al tipo penal de violación con agravación de la pena, por el que fue condenado el acusado, se encuentra ajustada a un criterio jurídico correcto...”En consecuencia, es importante advertir que no es necesario que el daño o sufrimiento, al cual es sometida la víctima se materialice, sino basta con que, a partir de la conducta ejecutada por el sujeto activo, sea capaz de producir un daño o sufrimiento que pueda debilitar, en forma progresiva, la salud emocional o psicológica de la mujer. Por otra parte, la conducta típica, en este caso, al admitir que la violencia directa puede ser ejercida contra otros sujetos distintos a la mujer, no requieren que la violencia sea directa contra ésta. Es allí, en donde podría ser admisible la punibilidad con relación a otras figuras normativas reguladas en la legislación ordinaria. La materialización del mismo exige que se ejecute la acción de ejercer violencia psicológica, en cualquiera de las circunstancias que se describen en el tipo penal. Delito de resultado y/o de mera actividad en la violencia psicológica Para la configuración del tipo de violencia contra la mujer, por violencia psicológica, no se requiere que las acciones ejercidas por el sujeto activo produzcan un daño o sufrimiento psicológico o emocional a la mujer, sino que basta con el ejercicio de la sola conducta requerida. Por lo que se afirma que, en este caso, se está en presencia de un delito de mera actividad. En este sentido, para el tipo penal es irrelevante la valoración del daño o sufrimiento psicológico producido en la mujer violentada: “daño psíquico”, así como el conocimiento y diferenciación del daño o sufrimiento emocional: “daño moral” producido en la misma. Como consecuencia, este delito, por violencia psicológica, no admitiría la tentativa.

JURISPRUDENCIA PSICOLÓGICA

La Corte de Constitucionalidad en sentencia de fechas cuatro de octubre de dos mil once, y catorce de junio de dos mil doce, dictadas dentro de los expedientes: cuatro mil doscientos setenta y cuatro guion dos mil nueve (4274-2009), y tres mil seiscientos setenta y seis guion dos mil once (3676- 2011), señaló: “que los jueces llamados a dictar sentencia deberán contar con los respectivos dictámenes emitidos por expertos en la materia mediante los cuales logren concluir si, en efecto, se han producido daño o sufrimiento psicológico o emocional, determinando, de ser el caso, si la conducta concreta que se atribuye al acusado ha sido de tal naturaleza y carácter como para ocasionar en la víctima intimidación, menoscabo de su auto estima o control a que alude la norma penal artículo 7 de la ley referida, debiendo establecer, a la vez si la víctima de acuerdo a su personal y situación emocional, socio-cultural o familiar, en el caso de ser sometida a tales escenarios, podría sufrir o ha sufrido, efectivamente ese progresivo debilitamiento psicológico con cuadros depresivos que exige el tipo penal para los efectos de apreciar consumado el delito en referencia siendo tales cuestiones las que habrán de ser debatidas, argumentadas y acreditadas en el desarrollo del proceso penal”. “Expediente No. 779-2013 Sentencia de Casación del 23/01/2014”... De los antecedentes se extrae la acreditación de hechos que realizan los supuestos del artículo 3 literal k). En efecto, destruyeron la vivienda, se llevaron bienes personales, menaje de casa y herramientas de trabajo. Acción que realiza, el núcleo del elemento objetivo del primer supuesto del delito de violencia económica, que está formado por los verbos rectores que describen la conducta típica de menoscabar, limitar o restringir. [...] el delito quedo cometido al restringir la libre disposición de los objetos personales de la víctima, como los de sus menores hijos, el menaje de la casa y la herramientas que utilizaba para sus labores cotidianas, entre ellas se infiere las de labrar la tierra (...) Cámara Penal concluye que, la Sala impugnada no incurrió en el agravio y violación normativa denunciada por los recurrentes...”

Conclusiones

En conclusión el Estado de Guatemala, ha cumplido con el compromiso de haber ratificado Instrumentos Internacionales en materia de justicia para las mujeres que viven o han sobrevivido a la violencia ejercida en su contra, al haber promulgado la Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer Decreto 22-2008, a efecto de proteger los derechos de las mujeres y a vivir una vida libre de violencia y Guatemala, se sitúa como país pionero en la región centroamericana y latinoamericana en la justicia de género, con el referido instrumento legal antes indicado de la segunda generación en materia de Derechos Humanos, como aporte en la definición de la violencia contra las mujeres y como máxima expresión el Femicidio cuyo delito se persigue como de acción pública, asimismo en el avance de la creación de los Órganos Jurisdiccionales especializados en Femicidio la violencia contra la mujer y violencia sexual en los departamentos del País, como herramienta del Organismo Judicial y asegurar que las mujeres que sufren de alguna forma de violencia encuentren respuesta pronta y cumplida, para garantizar la tutela judicial efectiva y por otra parte, con la

emisión de los primeros fallos y resoluciones como uno de los principales desafíos de la justicia especializada y de la primera jurisprudencia de los criterios jurídicos de una nación expresados a través de la Judicatura y Magistratura. Por lo cual se pone de manifiesto las razones que sustentan las resoluciones judiciales y sentencias, para que las partes y la sociedad conozcan sus fundamentos, motivaciones y argumentos para garantizar la impartición de Justicia.

Referencias

1. Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra La Mujer Decreto Número 22-2008.
2. Protocolo del Decreto Número 22-2008.
3. Criterios Jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia Materia Penal Volumen I y II (2000-2009 página 419, volumen II) (2011 Página 416, Volumen II y 2014 Página 252, Volumen I).
4. Ocho años de la Justicia Especializada en Delitos de Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer y Violencia Sexual (2010-2018). Organismo Judicial. ONU Mujeres y Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el Delito, UNODC.



**LA JURISPRUDENCIA EMITIDA CON RELACIÓN A DELITOS
DE FEMICIDIO Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y
VIOLENCIA SEXUAL**

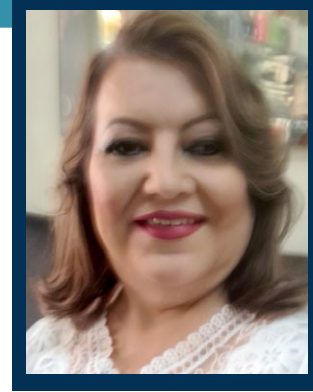
El autor/autora es el único (a) responsable del contenido íntegro del presente artículo.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO UNA GARANTIA AL ACCESO A LA JUSTICIA

Magistrada

HILDA AYDEÉ CASTRO LEMUS

Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones, Zacapa



Nuestro País Guatemala tiene el compromiso de hacer valer las garantías fundamentales, dentro de las cuales está la protección de las niñas y niños.

La Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 12 contiene la garantía del Derecho de Defensa, establece que la defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Esta garantía fundamental lleva implícito el Principio Procesal del Debido Proceso, lo que obliga a los juzgadores a ser extremadamente cuidadosos en la dirección del proceso, cumpliendo las disposiciones procesales de cada momento en el desenvolvimiento del mismo, con el objeto de preservar el Principio referido y sus consecuencias judiciales.

En relación a los Convenios y Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, en el Artículo 3, establece: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Las Naciones Unidas, a través de la Observación General N°. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, artículo 3, “4. El objeto del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”. El Comité ha señalado que “lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención”. Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al “interés superior del niño” y ningún derecho debe ser perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño. 5. La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicología, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana”.

LA OBSERVACIÓN GENERAL No. 10 (2007) Los derechos del niño en la justicia de menores, en su parte conducente establece: “El interés superior del niño (artículo 3) 10. En todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de menores, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial. Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas...” “El respeto a la opinión del niño (artículo 12) 12. El derecho del niño a expresar su opinión libremente sobre todos los asuntos que le afecten se respetará y hará efectivo plenamente en cada etapa del proceso de la justicia de menores...” Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en sus artículos 101, 102 y 107 Literal d), establece: “Competencia. En ese orden de ideas, por citar un caso de procedencia, en los procesos judiciales de protección, al discutir temas como la Competencia del Juez que debe de conocer por razón del territorio, esta deberá ser determinada: 1. Para los niños, niñas y adolescentes cuyos derechos sean amenazados o violados: a) Por domicilio de los padres responsables. b) Por el lugar donde se encuentra el niño, niña o adolescente, cuando falten los padres o el responsable. c) Por el lugar donde se realizó el hecho.

Al aplicar la normativa internacional relativa al interés superior del niño, como una garantía al acceso a la justicia respetando sus intereses, como lo establece el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, al indicar “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración, primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”, así como el capítulo sobre el efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos, numeral 25 de la Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad; así mismo, es de considerar el contenido de la observación general No. 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013) sobre el Interés Superior del Niño numeral 6 literal “c) “c) Una norma de procedimiento: siempre

que se tenga que tomar una decisión que afecta a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, que se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y como se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya que se trata de cuestiones normativas generales o de casos concretos.” En la Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones del Departamento de Zacapa, al conocer procesos en los que se vean involucrados niños niñas o adolescentes hemos sido muy respetuosos en estos principios tutelares de protección, como en el caso de las consultas de competencia que hacen los Jueces de Primera Instancia sobre el Juez que debe de conocer cuando se pone en duda la competencia; generalmente en casos de Protección, el niño, niña o adolescente víctima y la persona responsable de su cuidado, como se ha plasmado en varios casos, se toma muy en cuenta el lugar donde están radicadas, en ese sentido, hemos sido del criterio que debe resolverse conforme al lugar donde prealezca el acceso a la justicia inmediata para la niñez y adolescencia, en casos similares se ha resuelto que el juez que debe seguir conociendo es el que está a cargo del Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia y de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del Departamento más cercano al niño, niña o adolescente, garantizando con este criterio el acceso a la Justicia.

La Corte Suprema de Justicia a través de Cámara Penal se ha pronunciado en distintos casos como en el Recurso de Casación interpuesto por el Ministerio Público, con el número de Proceso 1306-2018 en Sentencia de fecha 06/06/2019, hacen prevalecer el Principio del Interés Superior del Niño, ha dicho: (...), esta Cámara considera pertinente señalar que la Sala, al momento de analizar y fundamentar sobre la existencia o no de los agravios invocados por el Ministerio Público, debe de tomar en cuenta que la declaración de la víctima menor de edad tiene una posición privilegiada y de preeminencia en el contexto de la ponderación de los elementos de convicción, lo que se debe al interés superior de los menores de edad que debe garantizarse por los órganos jurisdiccionales...”

En ese orden de ideas, la Justicia efectiva, pronta y cumplida, debe considerar en todo proceso, que los niños y las niñas tienen en nuestro país un tratamiento especializado y por consiguiente debemos protegerlos. Dios bendiga esta noble labor de pertenecer al Organismo Judicial y contribuir con importante misión.





EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS Y EL PROTOCOLO DE LA INSPECCIÓN GENERAL DE TRABAJO PARA LA DETECCIÓN Y REFERENCIA DE CASOS DE TRATA DE PERSONAS

Magistrada

JENNY NOEMY ALVARADO TENÍ

Sala Sexta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal NYDCA,
Alta Verapaz, Cobán

Resumen

En el presente artículo se desarrollará lo concerniente al delito de trata de personas y el protocolo de la Inspección General de Trabajo para la detección y referencia de casos de trata de personas; por ser un tema de gran importancia para el Estado de Guatemala, que dentro de sus finalidades debe proteger a la persona y a la familia; y por ende los derechos humanos de éstas; pues de todos es sabido que es Deber del Estado de Guatemala garantizar la protección de los derechos humanos de las personas que en la búsqueda de trabajo son susceptibles de abuso e incumplimiento en los derechos laborales, incurriendo incluso en la comisión de delito de trata de personas es por ello que derivado de la estricta aplicación de la ley penal y laboral se debe aplicar los protocolos en la labora l interinstitucional uniendo esfuerzo para la inmediata prevención y erradicación de toda la práctica que implique violencia.

Palabras Claves: Delito de Trata de Personas; Protocolos.

1.1 Marco Conceptual

El Estado de Guatemala se encuentra organizado para proteger a la persona y a la familia, asimismo ha suscrito convenios y tratados internacionales en materia de protección de derechos humanos. La protección de la persona esta concatenado con el tema de que el Estado también garantiza la seguridad del individuo. En ese ese sentido aunque la seguridad se concibe como la seguridad personal, es decir, como la seguridad de no encontrarse sometido a la esclavitud y servidumbre, así como a los tratos crueles, inhumanos y degradantes. El delito de trata de personas, es a nivel internacional, trasciende fronteras, por lo que se han tomado medidas de apoyo entre países, debiendo tener en la legislación las diferentes modalidades donde pueda darse éste hecho degradante de mujeres, niñas, niños y en el caso de Guatemala indígenas, grupos vulnerables, que merecen una protección por parte del Estado, en ese sentido se aborda también desde el Derecho Laboral, que se refiere a la labor que realiza el Inspector de Trabajo en el Plan de Inspecciones de oficio focalizado y regionalizado para la verificación de la posible Trata de Personas, Trabajo Forzado y Explotación Laboral de Niños, Niñas y Adolescentes Trabajadores y Personas Mayores de Edad en Sector Turismo, Basureros, Recicladoras, Minas, Canteras, Elaboración de Piedrín y Cal, Mármol, Exposición a Agroquímicos, Fertilizantes, Pesticidas, Trabajos en Áreas Públicas, Vendedores Ambulantes, Malabarismos, Limpia Vidrios, Tira Fuegos, Lustradores y otros contenidos en el Acuerdo

Gubernativo Número doscientos cincuenta guion dos mil seis Reglamento para la Aplicación del Convenio ciento ochenta y dos de la Organización Internacional del Trabajo, sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil y la acción inmediata para su eliminación, es por ello que cuando se conoce sobre un caso en concreto debe ser tratado de acuerdo al Protocolo de análisis, reaccionando así el Estado a través de sus instituciones para brindar esa protección a sus habitantes.

Dentro de los tratos crueles, inhumanos y degradantes se encuentra la trata de personas, antiguamente conocida como trata de blancas y que se refería de manera general al trasiego de mujeres para el ejercicio de la prostitución, ejercicio que en la actualidad ha trascendido a niños, niñas y adolescentes además de mujeres mayores de edad. Por lo anterior la Inspección General de trabajo que pertenece al Ministerio de Trabajo y Previsión Social, en conjunto con la Secretaria Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas ha desarrollado un protocolo con el fin de detectar la trata de personas.

La palabra protocolo, de acuerdo con Mabel Goldstein se refiere a: "libro de registro." (2008, pág. 462) La anterior definición es demasiado breve y escueta por lo que no tiene relevancia para el objeto de la presente investigación. Ahora bien, el mismo protocolo elaborado por la Inspección de Trabajo define el término protocolo como: "la guía de carácter conceptual y procedimental,

que orienta las acciones y los procedimientos prácticos y viables a seguir por instituciones públicas que de acuerdo a sus competencias y mandatos, tienen la responsabilidad de cumplir funciones establecidas y lograr un objetivo común.” (2013, pág. 1). La definición anterior es bastante completa y abarcadora a las instituciones públicas de acuerdo a sus competencias considerando al Estado como un ente único.

En ese orden de ideas, de acuerdo al Artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, por trata de personas se entenderá: “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.”

El precitado Protocolo de la Inspección de trabajo cuando define la trata de personas se remite al Artículo 202 ter del Código Penal de Guatemala, el cual constituyó una reforma a la ley ordinaria antes mencionada por el decreto legislativo 9-2009, el cual establece: “Constituye delito de trata de personas la captación, el transporte, traslado, acogida o recepción de una o más personas con fines de explotación. Quien cometa este delito será sancionado con prisión de ocho a dieciocho años y multa de trescientos mil a quinientos mil Quetzales. En ningún caso se tendrá en cuenta el consentimiento prestado por la víctima de trata de personas o por su representante legal. Para los fines del delito de trata de personas, se entenderá como fin de explotación: La prostitución ajena, cualquier otra forma de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, cualquier tipo de explotación laboral, la mendicidad, cualquier forma de esclavitud, la servidumbre, la venta de personas, la extracción y el tráfico de órganos y tejido humanos, el reclutamiento de personas menores de edad para grupos delictivos organizados, adopción irregular, trámite irregular de adopción, pornografía, embarazo forzado o matrimonio forzado o servil.”

El trabajo forzoso lo define el protocolo objeto de estudio como: “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.”

Exactamente de la misma forma lo define el Convenio Sobre el Trabajo Forzoso de 1930, la doctrina lo define como: “trabajo obligado en donde se suprime la voluntad y la libertad del trabajador que es considerado una afrenta

a los derechos humanos y como tal repudiado por normas internacionales y locales de la mayoría de los países del mundo.” (Goldstein, 2008, pág. 555)

De manera definitiva queda claro que es parte del *ius cogens* (normas imperativas del derecho internacional aceptadas por la gran mayoría de los Estados del mundo) que el trabajo es un derecho y debe ser libremente determinado y aceptado por el trabajador, de acuerdo a sus capacidades y con atención a un arreglo justo con los patronos.

1.2 Procedimiento para la detección de trata de personas con fines de trabajos forzados o explotación laboral

El procedimiento descrito en el protocolo es el siguiente:

“El Inspector de trabajo puede realizar una inspección de trabajo o visita a un centro de trabajo por:

a) Inspección de Oficio. Implica una programación previa, basados en programaciones de rutina, programaciones especiales a cierto departamento o cierto sector económico;

b) Inspección de Parte. Surge por denuncia presentada por una o más personas, el día fijado el inspector concurrirá con la o las personas denunciantes en la fecha que se notifique a las mismas o bien se solicitará su presencia; y

c) Inspección por denuncia anónima. Concurrirá a la empresa a verificar los extremos de la denuncia, haciéndose saber a trabajadores y empleadores sobre la presencia del Inspector de Trabajo.

El Inspector (a) de Trabajo recibe el expediente, seguidamente deberá verificar en el sistema y/o libro de control, si efectivamente fue asignado a su nombre para poder actuar dentro del mismo. Posteriormente, firma de recibido, dejando constancia de la adjudicación del expediente y registra en el libro de control personal, completando los formularios que se requieren. El Inspector (a) de Trabajo: tiene que conocer sus funciones y responsabilidades en relación con la inspección a realizar, así como los requisitos y criterios de evaluación a aplicar. Estudiará el caso fundamentándose en la legislación aplicable a la situación bajo análisis y conforme a la cual llevará a cabo la inspección.

El Inspector de Trabajo se apersona en el centro de trabajo, procede a realizar la verificación e investigación aplicando los protocolos de inspección, verificación y buenas prácticas. Ya sea en una inspección de oficio o de parte, el Inspector de Trabajo si observa situaciones que podrían ser casos de trata de personas con fines de trabajo forzoso o explotación laboral, debe proceder

a completar la boleta: entrevista y percepción para la detección de indicadores de trata de personas con fines de trabajo forzoso o explotación laboral.

La boleta contiene preguntas directas así como preguntas de percepción que deben ser respondidas por el propio Inspector. El Inspector podrá entrevistar a todos los trabajadores para comprobar dicho extremo. Por la naturaleza del delito se recomienda que el Inspector sólo proceda a completar la boleta sin concluir si existe o no el delito ni realizar acusaciones a los empleadores.

El inspector debe hacer constar el extremo de que personas menores de 18 años también se encuentran laboran en el lugar porque podrían ser víctimas de trata de personas. El Inspector de Trabajo formará el expediente, hará constar en acta de adjudicación y lo remitirá al Despacho del Inspector General de Trabajo junto a la boleta de entrevista y percepción para la detección de indicadores de trata de personas con fines de trabajo forzoso o explotación laboral.

El despacho del Inspector General de Trabajo o quien se encuentre en funciones, referirá una vez tenga conocimiento, informe circunstanciado del caso y certificación del expediente a la Dirección contra la Trata de Personas de SVET, dentro de un plazo no mayor de 5 días hábiles.

La Dirección contra la Trata de Personas de SVET, en los casos de personas menores de 18 años, también pondrá en conocimiento a la Procuraduría General de la Nación para que coordine junto al Ministerio Público el operativo de rescate. Se aplica Protocolo Interinstitucional para la protección y atención a víctimas de trata de personas. La Dirección contra la Trata de Personas de SVET, en base al expediente certificado de la Inspección General de Trabajo elaborará la denuncia correspondiente y la presentará ante el Ministerio Público en un plazo no mayor a 5 días hábiles.

La SVET por medio de su Unidad de Monitoreo, procederá a dar el seguimiento respectivo del proceso penal y formará bitácora de lo actuado en el proceso. La Inspección General de Trabajo y la SVET realizarán reuniones informativas sobre el seguimiento de los casos cada tres meses, convocadas por la Dirección contra la Trata de Personas de SVET a través de nota o correo electrónico con 5 días de anticipación y podrá realizarse en las oficinas de SVET o de la IGT según acuerden para cada reunión. Si la situación lo amerita, podrán reunirse las veces que sean necesarias antes del plazo indicado. De lo acordado en la reunión deberán dejar constancia en acta o minuta para el seguimiento posterior y dejar registro de la coordinación. Para cada reunión, la SVET proporcionará información a IGT sobre el seguimiento a casos que realizará la Unidad de Monitoreo de SVET para que exista retroalimentación de los casos referidos.” (Trabajo, 2013)

Se considera que al realizar el procedimiento del protocolo para la detección de la trata de personas, con

el trámite administrativo, hay riesgo en el tiempo, toda vez que el inspector de trabajo debe remitir el expediente al Despacho del Inspector General de Trabajo junto a la boleta de entrevista y percepción para la detección de indicadores de trata de personas con fines de trabajo forzoso o explotación laboral, en un plazo no determinado y luego de lo anterior el Despacho del Inspector General de Trabajo cuenta con un plazo de 5 días para rendir informe circunstanciado del caso y certificación del expediente a la Dirección contra la Trata de Personas de SVET. Luego la Dirección contra la Trata de Personas de SVET, cuenta con otro plazo de cinco días para presentar las denuncia ante el Ministerio Público, por lo que mientras el inspector que realiza la investigación de campo y luego en el subsecuente plazo de 10 días hábiles, (cinco del despacho de inspector de trabajo y 5 de la Dirección Contra Trata de Personas de SVET.) es demasiado tardío tal plazo, durante esos días pueden ocurrir cosas terribles y muchas personas sometidas a la trata de personas pueden perder la vida o ser trasladadas de lugar y luego no poder ser rastreadas. Por lo que de acuerdo con el conocimiento de oficio regulado en el Artículo 298 del Código Procesal Penal el cual regula: “Deben denunciar el conocimiento que tienen sobre un delito de acción pública, con excepción de los que requieren instancia, denuncia o autorización para su persecución, y sin demora alguna: 1) Los funcionarios y empleados públicos que conozcan el hecho en ejercicio de sus funciones, salvo el caso de que pese sobre ellos el deber de guardar secreto.” Los inspectores de trabajo en su calidad de funcionarios públicos deben presentar por imperativo legal en caso de sospechar la trata de personas la denuncia de manera inmediata y será el Ministerio Público quien deberá determinar lo que sea conducente.

Es importante entonces definir que el objetivo del protocolo que se analiza consiste en orientar el trabajo de inspección que realizan los inspectores de trabajo que permita identificar, si en los lugares de trabajo, existen indicios y evidencias de ilícitos penales relacionados con el delito de trata de personas, especialmente en el caso de trabajo forzoso y explotación laboral, así como también determinar el delito de empleo de personas menores de edad en actividades lesivas a su integridad y dignidad.

Se encuentra claramente definida la figura de la Víctima tal como lo establece el decreto 9- 2009 del Congreso de la República que indica que es la persona individual que haya sufrido daños, lesiones físicas o mentales, emocional, pérdida financiera. Es importante hacer notar que no se señalan medidas de atención victimológica, ya que únicamente se indica la ruta a seguir por el representante de la inspección de trabajo para poner en conocimiento de la autoridad competente, la violación al bien jurídico encuadrado en el tipo penal de trata de persona en la relación laboral, especialmente en las víctimas mujeres, niñas, indígenas, permitiendo que continúe el peligro o la violación de sus derechos a la víctima, incluso exponiendo hasta su vida; debiendo entonces actuar de manera inmediata y de oficio en relación a adoptar medidas que permitan apartar a la

víctima de las acciones que la lesionan, recibiendo incluso atención médica o psicológica pertinente, las que no contiene el protocolo en estudio. ¿Cuáles son los principios rectores del protocolo? Confidencialidad, protección especial, no revictimización, interés superior del niño o niña y adolescentes, no discriminación, derecho de participación, respeto a la identidad cultural, información, proyecto de vida, celeridad, presunción de la minoría de edad, restitución del ejercicio de derechos, que si bien es cierto los contiene, no se desarrollan con acciones concretas que protejan a la víctima, primordialmente a la niñez indígena y mujeres.

Dentro de los Criterios básicos de intervención está el enfoque de género, que se utiliza para referirse a los significados de las relaciones y las identidades construidas socialmente a partir de las diferencias sexuales que han condicionado a hombres y mujeres, que confirman

la desigualdad entre ambos, lo que implica que a partir de la construcción de género se evita culpabilizar a la víctima y favorece a la ubicación de la responsabilidad en los tratantes, debiendo autoevaluar las concepciones para atender a las personas por igual. En el caso del trabajo forzoso, trabajo de niños o niñas, y la exposición que tienden a ser víctimas en una relación laboral, es el inspector de trabajo quien tiene la oportunidad de advertir la vulneración de sus derechos no solo laborales sino el traslape de una comisión delictiva; derivado precisamente de esa discriminación que tiene la mujer, se reitera, es niña e indígena, quien es explotada muchas veces no solamente en la relación laboral, sino también comercializando su cuerpo, un ejemplo podría ser cuando laboral en expendios de bebidas alcohólicas, debiendo entonces el inspector tomar medidas urgentes para su protección, más aún si son menores de edad.

Conclusiones

1. El protocolo de la Inspección General de Trabajo para la detección y referencia de casos de trata de personas se encuentra fundamentado en normas de derecho internacional de los derechos humanos y en normas nacionales de carácter constitucional y ordinario, que se ubican en el ámbito de una relación laboral, pero se traslapa con un delito que debe ser sancionado, pero principalmente ser detectado por el inspector de trabajo y como parte del Estado reaccionar inmediatamente para la protección de la víctima y la persecución penal inmediata.
2. La denuncia penal como resultado del protocolo de la Inspección General de Trabajo para la detección y referencia de casos de trata de personas al final de su trámite refiere un procedimiento ordenado y tratado de manera interinstitucional basadas en el principio de conocimiento de oficio que obliga al funcionario público a presentar denuncias cuando en el ejercicio de su cargo detectan la comisión de un hecho constitutivo de delito.
3. Existe normativa jurídica que establece de urgencia la protección de la víctima, estableciéndose acciones institucionales que brinden atención a las víctimas, entre éstas la médica y psicológica de manera inmediata, así como el abrigo y protección, especialmente en el caso de mujeres y niñez, tales como el apartar al agresor, denuncia de oficio a autoridad competente, atención profesional, medidas de protección, y todas aquéllas que garanticen la restitución de sus derechos y evitar su exposición a seguir siendo vulnerados.

Referencias Bibliográficas

Goldstein, M. (2008). Diccionario jurídico consultor magno. Bogotá, Colombia: Panamericana Formas e Impresos, S.A.

Trabajo, I. G. (2013). Protocolo de la Inspección General de Trabajo para la detección y referencia de casos de trata de personas. Guatemala: sin editorial.

Legislación

ONU. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 y sus reformas.

Congreso de la República de Guatemala. Código Penal y sus Reformas Decreto Legislativo 17-73.



PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE ACEPTACIÓN DE CARGOS

Magistrada

GLADIS YOLANDA ALBEÑO OVANDO

Magistrada Presidenta de Sala de Corte de Apelaciones del Ramo Penal

La autora es la única responsable del contenido íntegro del presente artículo

INTRODUCCIÓN

Es menester, previo al análisis del tema, tomar en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, atendiendo a la facultad que le confiere el artículo 174 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en el año 2017 presentó ante el Congreso de la República de Guatemala, la iniciativa de ley número 5311, la cual, después del respectivo trámite, se convierte en el Decreto Número 10-19 del Congreso de la República de Guatemala, emitido el 12 de noviembre de 2019; el cual contiene reformas al Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92, del mismo Órgano Legislativo. Dicho Decreto fue objeto de acciones de Inconstitucionalidad General Total promovidas por Helen Beatriz Mack Chang y Eleonora Muralles Pineda, quienes actuaron a título personal, la Fundación Mirna Mack, la entidad Familiares y Amigos contra la Delincuencia y el Secuestro y la Asociación Acción Ciudadana; las cuales fueron resueltas en la sentencia de fecha uno de marzo del año dos mil veintiuno dictada por la Corte de Constitucionalidad, dentro de los Expedientes acumulados 228-2020 y 791-2020, declarándolas sin lugar. Mediante dicho Decreto se adiciona el **TÍTULO VI –PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE ACEPTACIÓN DE CARGOS–** al **LIBRO IV–PROCEDIMIENTOS ESPECÍFICOS–**; como un mecanismo anticipado de salida al proceso penal, garantizado por el Estado de Guatemala del acceso a la justicia pronta y cumplida.

ACEPTACIÓN DE CARGOS

DEFINICIÓN

Procedimiento especial que forma parte de una política criminal de derecho premial, cuya finalidad es reducir la mora judicial y lograr la eficiencia en la administración de justicia, que permite una salida o terminación anticipada del proceso, por medio del cual la persona procesada, acepta de manera libre, consciente, voluntaria e informada; asimismo, con la debida asesoría de la defensa técnica, la autoría o participación en la conducta o conductas punibles endilgadas acertadamente por el Ministerio Público y que puede acreditar. Al hacerlo, la persona procesada renuncia a su derecho a un juicio oral y público, imparcial y contradictorio, adquiriendo la responsabilidad de reparar dignamente a la víctima o víctimas del delito y devolver productos o frutos del mismo para obtener una rebaja de la pena individualizada, dependiendo del momento procesal en que se produzca la aceptación de cargos, que será plena si la fiscalía logra desvirtuar la presunción de inocencia del acusado en un juicio oral.

TRÁMITE

En el trámite del Procedimiento especial de aceptación de cargos concurren tres eventos: **Uno**) En la primera declaración de la persona sindicada, luego de la intimación de los hechos que realice el Ministerio

Público, deberá ser ligada a proceso por medio del auto de procesamiento, y puede aceptar los cargos hasta antes del auto de apertura a juicio, recibiendo del Ministerio Público copia de los medios de investigación, que ha recabado hasta ese momento sobre los hechos imputados. De conformidad con lo que establece el Artículo 491 Decies del Código Procesal, adicionado por el Artículo 10 del Decreto Número 10-2019 del Congreso de la República, para los efectos de la aceptación de cargos antes que la acusación sea formulada ante el juez contralor, la imputación hecha por el Ministerio Público en la audiencia de primera declaración, acogida en el auto de procesamiento o en sus reformas, hará las veces de acusación. **Dos**) Después de dictado el auto de apertura a juicio, el cual se produce en la audiencia de la fase intermedia, hasta antes de iniciar la audiencia de debate. **Tres**) Iniciado el debate hasta antes de la recepción de la prueba. Lo cual aplica inclusive para el beneficio de la rebaja en las penas impuestas; en el evento **Uno**, el procesado tiene derecho a que se le rebajen las mismas a la mitad; en el evento **Dos**, en una tercera parte; y, en el evento **Tres**, en una quinta parte. De conformidad con el Artículo 3 del Decreto Número 10-2019 del Congreso de la República, que adiciona el artículo 491 Ter del Código Procesal Penal, si el sindicado acepta los cargos en la audiencia de primera declaración, el juez dará un receso por el tiempo de una hora para que el defensor

explique y asesore al imputado sobre los efectos de la aceptación de cargos y con su anuencia continuará con el procedimiento. Pero si el procesado decide aceptar los cargos después de la audiencia de primera declaración, solicitará al juez o tribunal que señale audiencia para el efecto, la misma será en un plazo que no exceda de cinco días en donde se convocará al Ministerio Público, a la o las víctimas y agraviados, si los hubiere; el procesado acudirá a la audiencia acompañado de su abogado defensor, para garantizar su Derecho de Defensa. El Ministerio Público presentará la evidencia, los medios de investigación que hasta ese momento ha recabado sobre la imputación; es obligación del juez: verificar si el procesado comprendió en qué consiste el procedimiento de aceptación de cargos; en qué consisten los cargos que ha aceptado; el derecho de retractarse de la aceptación de cargos y la consecuencia de su ejercicio; el deber de reparación digna a víctimas y agraviados; el deber de devolución o entrega del producto o los frutos de los delitos aceptados; y, las consecuencias del incumplimiento de los deberes de reparación digna a víctimas y agraviados y de devolución o entrega del producto o los frutos de los delitos aceptados; asimismo preguntará el procesado si la aceptación de cargos es libre, consciente, voluntaria y suficientemente informada, verificando que esa decisión no esté afectada por vicios de consentimiento; y, si el juez o tribunal advierte esos vicios, o bien, coacción, desinformación o desconocimientos de garantías fundamentales, la rechazará y el proceso retomará el curso común en la etapa en la que se encuentre; y, el juez o tribunal que realice el rechazo, no podrá conocer del caso en el procedimiento común, para garantizar el derecho de defensa del procesado, que lleva aparejada el debido proceso y una verdadera tutela judicial. Es necesario también tomar en cuenta que de conformidad con el Decreto Número 10-2019, cuando la imputación o acusación contempla varios cargos, no obliga al procesado la aceptación total, sino, por el contrario puede darse una aceptación parcial, aceptando unos y rechazando otros. Con respecto a los cargos aceptados el juez o tribunal los tramitará de conformidad con el referido Decreto; y, con los no aceptados, el caso seguirá el procedimiento común. Asimismo, no obstante haber aceptado los cargos, el procesado tiene derecho a retractarse hasta antes de que el juez lo declare responsable. Salvado lo anterior, el Juez o tribunal procederá a recibir la declaración del procesado, quien deberá relatar los hechos con sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como admitir la responsabilidad sobre los mismos y aceptar la calificación jurídica prevista en el auto de procesamiento, sus reformas o en la apertura a juicio. Se recibe la evidencia del Ministerio Público, si estuvieren presentes las víctimas o agraviados, tendrán derecho a ser escuchadas, también tiene el derecho de audiencia el abogado defensor, todo ello, previo a dictar la sentencia en la que se declara la culpabilidad y responsabilidad del

procesado, señalando la pena a imponer, y aplicando los beneficios obtenidos, atendiendo al momento en que se produce la aceptación de cargos; tal como quedó anotado anteriormente. De conformidad con lo establecido en el Artículo 4 del Decreto que regula la aceptación de cargos y que adiciona al Código Procesal Penal el artículo 491 Quáter la rebaja de penas por la aceptación de cargos, tiene sus restricciones: No se aplicará a los delitos de Genocidio; Desaparición forzada; Ejecución extrajudicial; Tortura; Delitos contra los deberes de la humanidad; Homicidio; Parricidio; Asesinato; Violación; Agresión sexual; Ingreso a espectáculos y distribución de material pornográfico a personas menores de edad; Promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución agravada; Actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad; Plagio o Secuestro; Trata de personas; Robo agravado; Extorción; Terrorismo; Femicidio; y, los contemplados en la Ley contra la Narcoactividad. Asimismo, los delitos contenidos en el CAPÍTULO III del TÍTULO I DEL LIBRO SEGUNDO, del Aborto del Código Penal; los que afecten la indemnidad, integridad de la niñez y adolescencia; y los contemplados en el TÍTULO XI, DE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL ESTADO; TÍTULO XII, DE LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN INSTITUCIONAL, del Código Penal. Se debe tomar en cuenta que la rebaja aludida solamente aplica para las penas principales de personas naturales e individuales; y, en caso de reincidentes habituales por el mismo delito, no se tendrá derecho a ese beneficio; asimismo, se produce la revocatorio de los beneficios de la aceptación de cargos, cuando el condenado infrinja las condiciones señaladas en el procedimiento especial de aceptación de cargos o incumpla el acuerdo de pago, dicha revocatoria será solicitada mediante el trámite de los incidentes por el Ministerio Público o la víctima o agraviado. Continuando con el trámite, seguidamente dentro de los tres días siguientes de haber dictado la sentencia, si fuera necesario y bajo la dirección del juez o tribunal se celebrará la conciliación entre el procesado y las víctimas o agraviados con el propósito de determinar el monto y la clase de reparación digna. Pero, si la conciliación no se produce, se llevará a cabo audiencia de reparación digna de conformidad con el artículo 124 del Código Procesal Penal, integrando a la sentencia el acuerdo y resolución adoptada.

IMPUGNACIONES

Contra la sentencia proferida sobre la base de la aceptación de cargos, procede el recurso de apelación; se debe tomar en cuenta que las partes solamente tienen facultad para recurrir lo relativo con las garantías procesales, las penas, la libertad, o si el juez o tribunal resuelve lo contrario a los cargos y su respectiva aceptación.

CONCLUSIONES

- El Procedimiento de Aceptación de Cargos, es un procedimiento especial que forma parte de una política criminal de Derecho Premial.
- Tiene su génesis en el DECRETO NÚMERO 10-2019 del Congreso de la República de Guatemala, que reforma el DECRETO NÚMERO 91-92 del Congreso de la República de Guatemala.
- Su finalidad es reducir la mora judicial y lograr eficiencia en la administración de justicia.
- Permite una salida o terminación anticipada del proceso, por medio del cual la persona procesada, acepta de manera libre, consciente, voluntaria, informada y con la debida asesoría de su abogado defensor, la participación en la conducta delictiva o conductas punibles que el Ministerio Público le ha endilgado de manera acertada y que puede acreditar.
- La sentencia proferida tiene carácter de impugnabile; pero, únicamente en lo establecido en el Artículo 13 del Decreto Número 10-2019 que adiciona el artículo 491 Quaterdecies al Código Procesal Penal.

REFERENCIAS

Artículo 12 de la Constitución Política de Guatemala, que garantiza el Derecho de Defensa, el cual lleva implícito el Principio Procesal del Debido Proceso y la tutela judicial efectiva, que configura en sí misma un derecho fundamental; y, la vez constituye una garantía para el resto de los derechos de la Ley Suprema. Decreto Número 10-2019 del Congreso de la República de Guatemala, que contiene **REFORMAS AL DECRETO NÚMERO 51-92 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, CÓDIGO PROCESAL PENAL**; que adiciona el Título Sexto, Procedimiento Especial de Aceptación de Cargos al LIBRO CUARTO, Procedimientos Específicos; y, los Artículos 491 Bis, 491 Ter, 491 Quáter, 491 Quinquies, 491 Sexies, 491 Septies, 491 Octies, 491 Nonies, 491 Decies, 491 Duodecies, 491 Terdecies; y, 491 Quaterdecies.



PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE ACEPTACIÓN DE CARGOS

CIERRE Y AGRADECIMIENTO

La presente publicación conlleva un esfuerzo institucional encaminado no solo a expresar los conocimientos con respecto a la práctica tribunalicia por parte de los juristas escritores dentro de la misma, sino a la vez transmitir dichos conocimientos; con el objetivo fundamental de generar inquietudes en los conocedores del derecho que promuevan la evolución del pensamiento jurídico crítico, para lograr una mejor aplicación del derecho, en todas las ramas que lo componen en busca de la tan anhelada justicia para la obtención real del bien común. Lo anterior, sustenta el beneficio práctico que este tipo de actividades con carácter científico ostentan con respecto al desarrollo del objetivo de las ciencias jurídicas y sociales a través de la impartición de justicia pronta y cumplida.

Expresando un cordial y sincero agradecimiento por el aporte y la tan valiosa colaboración brindados por parte de todos y cada uno de los participantes que de una u otra manera coadyuvaron en la realización de la Revista Tribuna Jurídica 7ª edición 2022-2023; y sin los cuales la excelencia de la presente publicación no hubiera sido posible, haciendo una mención especial al apoyo brindado por la Doctora Silvia Patricia Váldez Quezada, como presidente del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia, el cual da a esta publicación la relevancia pertinente y manifiesta el interés que el Organismo Judicial tiene en el desarrollo a todo nivel de fortalecer la justicia en Guatemala.

Dra. Claudia Lucrecia Paredes Castañeda.

Magistrada de la Sala Tercera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo
del Organismo Judicial.

***“La inteligencia consiste no solo en el conocimiento,
sino también en la destreza de aplicar los conocimientos en la práctica”
(Aristóteles)***



ACTIVIDADES

**Transición de
JUNTA DIRECTIVA**
Hotel Las Américas
15 de julio 2022



**Entrega Reconocimientos
Junta Directiva 2021-2022**



ASAMBLEA GENEGAL Ordinaria Mensual

Hotel Las Américas
01 de agosto 2022



ASAMBLEA GENEGAL Ordinaria Mensual

Hotel Clarion Suites
05 de septiembre 2022



DIPLOMADO

Los Derechos Fundamentales en la Administración de Justicia

Con el apoyo del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala (CANG) y la Universidad de San Carlos de Guatemala (USAC)

06 sesiones contempladas del 05 de septiembre al 03 de octubre de 2022



DONACIÓN DE 500 LIBROS

Por parte de la familia del Abogado Rodolfo de León Molina.
(Presidente del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia
período 2004-2005)
Corte Suprema de Justicia - 22 de septiembre, 2022



ENTREGA DE DONACIÓN DE LIBROS

A la Biblioteca del IMCAOJ por parte de María Cecilia de León Terrón
Torre Marfil - 22 de septiembre, 2022



ASAMBLEA GENEGAL Ordinaria Mensual

Hotel Clarion Suites
03 de octubre, 2022



Actividades de PROYECCIÓN SOCIAL

Asamblea General Ordinaria Mensual - 03 de octubre, 2022



"Cuatro características corresponden al Juez: Escuchar cortésmente; responder sabiamente; ponderar prudentemente; y, decidir imparcialmente"
-Sócrates-

CENTRO DE JUSTICIA LABORAL



Instituto de Magistrados de
la Corte de Apelaciones

📍 6a. Avenida 4-83 Edificio Torre Marfil, Zona 10

☎️ (502) 2290-5572 ✉️ imagistrados@oj.gov.gt

🌐 <https://imagistrados.com.gt>