

Año 2 | Semestre 1

Edición: Enero - Julio 2019

REVISTA

DE LA COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE

“DISCERE MAGIS IURIS”
-Aprende más Derecho-



COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE



**REVISTA DE LA COMUNIDAD
JURÍDICA DE GUATEMALA**

“DISCERE MAGIS IURIS”
-Aprende más Derecho-

Coordinador general:

Erick Juárez Elías.

Coordinadores de la revista:

Bayron López Hernández

Luis Alberto Fernández Ramírez.

Notas aclaratorias:

Las opiniones expuestas en los artículos publicados son responsabilidad exclusiva de su autor y no expresan necesariamente la opinión de la Comunidad Jurídica de Occidente.

Se permite su uso, difusión y reproducción total o parcial para fines didácticos, siempre que se cite la fuente.

CONTENIDO

Presentación

Erick Juárez Elías.

Los Aborígenes en Canadá: determinación de la pena

Pierre Lortie

La Imposición de la Pena en los Delitos que Protegen la Libertad e Indemnidad Sexual de las Personas.

José Armando Camacho Yac.

Alcances del tribunal de alzada, al conocer y resolver el recurso de apelación penal.

Heidy Pamela Delgado Castellanos

De las notificaciones electrónicas en el proceso penal guatemalteco.

Oscar Rolando Alvarado Guevara

Pág.

1

8

25

55

65



PRESENTACIÓN

De grato sentir es presentar este tercer número de la Revista de la Comunidad Jurídica de Occidente, que en ilación a los números anteriores, aborda temas de importancia para la impartición de justicia penal.

En esa línea, el primer artículo, de nuestro buen amigo el señor Juez Lortie, nos recuerda el escenario violento y despótico al que fueron sometidos los pueblos originarios del continente Americano en el evento colonialista, cuyas consecuencias de las injusticias, desposesión de sus tierras, territorios, recursos, imposición de cultura, eliminación de formas de vida tradicionales, segregación familiar y social y opresión, aún se prolongan en los tiempos actuales, y que la reivindicación progresiva de sus derechos, en ocasiones con sudor y sangre, más que legítima es justa. De ello, resulta de estimación alta las líneas de historia Canadiense que traza el autor, para ubicar en contexto al lector, en especial, en las decisiones políticas y representaciones jurídicas respecto al abordaje de los derechos de los “aborígenes” que aún constituyen una innovación legislativa con ancles de resistencia judicial para ese país.

En el contexto propio del ámbito penal, el artículo del señor Juez Lortie, nos revela, entre otros, 3 aspectos esenciales para comprender la innovación jurídica en Canadá, y que sirve de orientación para los demás países americanos.

El primero de ellos gravita en la conclusión a la cual llega la Comisión Real sobre Pueblos Aborígenes: el sistema de justicia penal no responde a las necesidades de los Aborígenes de Canadá; esta conclusión, que en suma fue unánime, afirma y reafirma una premisa establecida por el movimiento para los derechos de los pueblos indígenas, en especial respecto al derecho a su propio derecho, en cuanto a que, el sistema de justicia, en general y en particular el penal, prohíbe conductas que no son parte del sistema de valores de los pueblos originarios y no protege bienes jurídicos que sí son parte de ese sistema de valores. En ese sentido, la conclusión es coherente al reservo doctrinario, toda vez que, si se sancionan conductas que protegen bienes jurídicos que no son parte del sistema de justicia de los destinatarios, se convierte en ilegítima la intervención penal; y por aparte, si no se protegen bienes jurídicos que sí son parte del sistema de valores de los destinatarios se deslegitima la intervención punitiva, porque ésta solo puede validarse para la protección de los bienes jurídicos esenciales. Este aspecto da insumos al debate sobre la ilegitimidad del sistema de justicia penal para los pueblos originarios y más allá de una simple y transitoria solución como la del error de comprensión culturalmente condicionado, ancla la discusión en la esencia del sistema

de justicia penal: que responda a las necesidades de todos los destinatarios, evitando así ser un instrumento de continuidad opresiva y discriminatoria legislativa.

El segundo aspecto lo constituye la determinación de la pena para los aborígenes en Canadá, que constituye una innovación fundamental para legitimar la imposición de la sanción penal. A partir de septiembre del año 1996, conforme a la reforma del artículo 718.2 del Código Penal de Canadá, se establece un régimen diferente, tanto en el proceso de determinación judicial de la pena, como en la clase de la pena propiamente hablando, para los aborígenes respecto a los demás ciudadanos canadienses. De esa cuenta, cuando el condenado sea una persona perteneciente a los pueblos aborígenes, los jueces obligadamente deben: a) Considerar y analizar factores sistémicos o históricos respecto de los aborígenes vinculados al sistema de justicia penal; b) recabar información específica sobre alternativas correctivas en el pueblo aborigen al cual pertenece la persona del condenado; c) requerir informe pre-sentencia para la determinación más justa de la pena. De esa cuenta, el procedimiento exige una actividad judicial para recabar información, para imponerse de datos que sustenten la pena a imponer; así, esta etapa es propia para individualizar la pena, concediéndole la importancia que merece a efecto de la justeza en la pena a imponer. Resalta en ello, que en Latinoamérica no se le da la importancia necesaria a la individualización de la pena, salvo algunos países como Argentina; por lo que, el juicio se centra en la responsabilidad del imputado, dejando al arbitrio judicial la individualización de la pena; cabe mencionar, que a pesar de la existencia de la figura de la cesura del debate, en no pocos códigos de la región, esta no es de recurrente uso. En ese sentido, la innovación legislativa Canadiense es importante, porque ubica la relevancia de la información y análisis para la determinación judicial de la pena.

Por aparte, la reforma legislativa estableció un trato diferente a los aborígenes en la pena a imponer, siendo así, atribuye a los jueces la posibilidad de imponer cargas correctivas antes que punitivas, siempre y cuando existan las condiciones, circunstancias y legitimidad para ello; esto responde a la exigencia de vincular a la comunidad al sistema de justicia penal, que hace tiempo atrás, dispuso el Convenio 169 de la OIT, en cuyo artículo 9 dispone la obligación a los jueces de considerar los métodos de los pueblos originarios para sancionar los delitos, es decir, sustituir la pena oficial por la sanción ancestral y legítimamente aceptada por el pueblo originario al que pertenece el condenado. En ese contexto, Canadá cumple con lo establecido en el Convenio precitado y su reforma legislativa aparte de receptar tal disposición, avanza en reconocer la justeza de una sanción correctiva, propia del pueblo aborigen, frente a una pena “represiva” que establece la legislación penal.

A tal respecto, debe recordarse que Guatemala está sometido al régimen legal del Convenio 169 de la OIT razón por la cual está obligado a privilegiar la sanción correctiva de los pueblos indígenas, cuando se condena a una persona perteneciente a uno de esos

pueblos, por lo que, este artículo reabre esta obligación, que fue objeto de debates hace años en el país.

Finalmente, el tercer aspecto del artículo del señor Jue Lortie, es la constante y recurrente actitud de “resistencia” y rechazo al avance del reconocimiento de los derechos de la minorías, de los grupos en desventaja y de aquellos que reclaman derechos que le son propios históricamente; esta actitud de los jueces, que claramente se lee en el artículo, no es inusitada para Canadá, también sucede en nuestro país y en otros tantos; siempre habrá una resistencia consciente e inconsciente del propio sistema de justicia para la protección de los derechos reclamados por sectores vulnerables de la sociedad, pero debe recordarse que la constancia, la reiteración y el cambio de cultura debilitan esa resistencia y permiten el avance de la justicia.

Siguiendo la línea trazada de la pena justa, el artículo del señor Juez José Camacho gravita, también, en la individualización de la pena, específicamente para los delitos en contra de la libertad e indemnidad sexual, coincidiendo con el señor Juez Lortie en cuanto a que, en no pocos casos el sistema de justicia penal presenta resistencias a la imposición de penas proporcionales, humanas y con una finalidad clara de prevención especial y general; denotando con ello que, aún subyace la cultura de la retribución, el sentimiento de opresión al reo y el castigo como ideal de recomposición social.

El señor Juez Camacho, aborda un tema de incipiente extensión en su utilización para la individualización de la pena en Guatemala; así, ubica el problema: la prohibición de aplicación del delito continuado para delitos que protejan bienes jurídicos personalísimos. Al respecto, el artículo deja al descubierto varios errores y deficiencias del sistema de justicia penal de nuestro país, los cuales de forma enunciativa se pueden sintetizar así:

a) Usurpación de funciones legislativas por el poder judicial: tanto en el contenido del artículo, como en las conclusiones, el Juez Camacho es enfático en indicar que la norma jurídica del artículo 71 del Código Penal es vigente y que ésta no contiene una sola prohibición de aplicación; por lo cual, el prohibir su aplicación constituye una función legislativa de “derogación” de norma jurídica que no es atribución de los jueces ni magistrados; por igual, el adicionar una “prohibición” o excepción de aplicación del delito continuado, cuando la norma jurídica no lo contiene, constituye una función de “modificación” de la norma jurídica, lo cual constituye una función legislativa de reforma legal y por ello nunca una función jurisdiccional.

b) Falacias jurídicas que invaden las resoluciones judiciales: en el desarrollo del artículo, queda al descubierto las falacias jurídicas con las cuales pretenden “justificar” las sentencias de casación y de amparo; estas falacias son de todo tipo, desde formales, cuando se acude a ideas irracionales como “bienes jurídicos personalísimos”, para pretender, sobre esta base justificar la inaplicación del delito continuado; al respecto, es de obligado indicar que los bienes jurídicos personalísimos no constituye una categoría

diferenciadora en la norma jurídica del artículo 71 del Código Penal y por aparte, esta no ha constituido un referente en la doctrina penal, salvo algunas referencias aisladas en libros de los años 70, razón por la que no existe una definición jurídica penal al respecto, por lo que la Cámara Penal, acude a artículos de derechos humanos para justificar su contenido, siendo inapropiado. Pero también falacias ad ignorantiam, porque asume que no puede demostrarse que la norma jurídica del artículo 71 del Código Penal incorpora los bienes jurídicos personalísimos, entonces pretenden justificar la decisión citando normas jurídicas de códigos de España y Costa Rica, a manera de pretender demostrar que si deben excluirse, a lo que claramente el señor Juez Camacho señala que las normas jurídicas extranjeras no pueden ser fuente de derecho. De igual forma, contiene falacias ad verecundiam, cuando pretende hacer ver la validez de la exclusión de la aplicación del delito continuado para delitos que protegen bienes jurídicos personalísimos, al acudir a la sentencia emitida en el año 1982, que por ser emitida por la Cámara Penal, lo asume como cierto, incuestionable e irrefutable, por lo que “obedientemente” debe continuarse con esa línea aplicativa; sin embargo, al respecto el señor Juez Camacho establece la invalidez de esa sentencia por falta de fundamentación, además de las otras deficiencias que contiene. Incluso, concurre una falacia de generalización, cuando se indica que las Cortes de Apelaciones han aplicado ese criterio desde el año 1982, llegando a esa afirmación apresurada sin verificar ni confrontar las sentencias de las Cortes al respecto, dando por cierto algo que no tienen suficientemente demostrado. Estas, son solo algunas de las distintas falacias contenidas en las sentencias de Cámara Penal que cita el señor Juez, pero lamentablemente cabe señalar que este error no es exclusivo de ese órgano jurisdiccional, más bien se replica en la mayor parte de la judicatura del país.

c) Irracionalidad de la intensidad en la fijación de la pena: El artículo evidencia que, de forma constante y progresiva, existe una tendencia en la judicatura de intensificar las penas a imponer, sea esto consecuencia inmediata de los altos índices de violencia que imperan en el país, o, proyección personal de los jueces del temor de ser víctimas de delitos, o incluso, por influencia jurídico cultural del derecho penal de la emergencia, que invoca penas de larga duración. Indistintamente la razón que motiva esa inclinación a penas más drásticas, el Juez Camacho devela en gran problema del olvido de los fines de la pena, por cuanto esta no puede ser utilizada como retribución del daño causado, como un simple castigo, que en cuanto más intensa y extensa mejor; este olvido es el que acontece en las judicaturas, que optan por encontrar falacias que justifiquen penas de mayor duración, que extiendan al máximo posible la sanción penal, cual si fuesen verdugos antes que jueces. La ubicación en los fines de la pena, en recuento doctrinario y compaginado con la jurisprudencia constitucional, aclara en el artículo en mención, que aparte de un problema propio de elección de norma jurídica apropiada para resolver el caso en concreto, existe un problema de más trascendencia, como lo es la instrumentalización de las penas para “castigar” a los condenados por delitos, imponiendo así su predilección subjetiva por sobre la norma constitucional e incluso los estándares internacionales sobre Derechos Humanos que abordan esta temática.

Así, el artículo del Juez Camacho permite ubicar yerros judiciales, que deben evitarse; y a la vez, reafirma el compromiso de todo abogado de respetar el principio de legalidad penal, en este caso de la pena, evitando así la complementariedad, modificación o alteración de las normas jurídicas penales en perjuicio de la persona del reo.

Y en ese contexto de resistencia y yerros judiciales, la Magistrada Pamela Delgado aborda una situación puntual y específica, pero de relevancia para los efectos de la impugnación en materia penal; luego de reafirmar el derecho que todo sujeto procesal tiene de impugnar las resoluciones jurisdiccionales, que contengan errores, pasando lectura tanto a las normas constitucionales y convencionales, como a la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, centra su artículo en la problemática subyacente en algunas judicaturas de apelación: la omisión de emitir decisión propia en las resoluciones de apelación “genérica”.

Al efecto describe cuáles son las atribuciones que le corresponden a las Cortes de Apelaciones al conocer y resolver los recursos de apelación “genéricas”, lo cual se cumple unánimemente; sin embargo, como ella lo indica, el problema concurre cuando se declara con lugar el recurso de apelación y se revoca la resolución impugnada, en cuyo situación, en no pocos casos, las Cortes de Apelaciones no emiten decisión propia, sino por el contrario ordenan a la judicatura de primer grado pronunciar la resolución respectiva, incumpliendo su deber de resolver de forma completa y además, delegando procesalmente la función jurisdiccional.

Este proceder, como lo manifiesta la Magistrada Delgado, no es el legalmente establecido en la ley, como tampoco el correcto; así, describe que, el Código Procesal Penal no establece el efecto devolutivo “inverso”, en el cual se le devuelve al órgano jurisdiccional originario la atribución de resolver; más bien, al contrario, el efecto inmediato y directo de revocar es la de emitir la resolución que corresponde, a efecto que la resolución sea completa, siendo uno de los requisitos para la debida fundamentación de las mismas, extremo por el cual en el artículo se concluye que se viola el debido proceso, por falta de fundamentación de la resolución.

Para respaldar la obligación de emitir decisión propia, las Cortes de Apelaciones, cuando revocan las resolución impugnada, la Magistrada cita sentencias de amparo, tanto de la Cámara respectiva de la Corte Suprema de Justicia, así como de la Corte de Constitucionalidad, que explican y reafirman lo que es obvio: es de obligado emitir la resolución que corresponde en sustitución de la que se revoca. Estas sentencias, como ella lo indica, son de larga data, sin embargo, como en el caso de la resistencia judicial en Canadá respecto al artículo 718.2 del Código Penal, existe también resistencia de no pocas Cortes de Apelaciones del país, que inobservando la doctrina legal, omiten el pronunciamiento propio y ordenan a las judicaturas de primer grado emitir la nueva resolución en sustitución a la revocada.

Esta resistencia, que evidencia un mal proceder e incomprensión del derecho procesal, provoca innumerables inconvenientes jurídicos, entre otros: a) la imposibilidad jurídica de fundamentación de la nueva resolución: la judicatura de primer grado tienen imposibilidad jurídica de fundamentar debidamente la nueva resolución, por cuanto, inicialmente han emitido una resolución en otro sentido y además, que las razones o motivos de un nuevo sentido de la resolución no son propias, es decir, no pueden llegar a un razonamiento correcto cuando su intelecto evoca otra forma de resolver; además, no pueden hacer propios los razonamientos vertidos por la Corte de Apelaciones que revoca la resolución, porque ello implicaría una simple transcripción, lo cual no puede sustituir la explicación propia en el caso concreto; b) el inconveniente práctico de cumplir con lo ordenado: para el efecto, las judicaturas de primer grado se encuentra en el dilema de, emitir la nueva resolución por escrito, lo que no es correcto en el sistema por audiencias orales que impone el Código Procesal Penal; o, en su caso, realizar una audiencia específica para emitir la resolución, lo que implicaría una simulación de audiencia, por no existir intervención argumentativa de los sujetos procesales, sino una actitud pasiva de los presentes; y, c) dilación indebida del proceso: como lo hace ver la Magistrada Delgado, no emitir decisión propia conlleva dilatar el proceso, por cuanto implica una nueva actividad procesal en la judicatura de primera instancia, en cualquiera de sus dos manifestaciones indicadas, perjudicando así el derecho de los sujetos procesales a ser juzgados en un plazo razonable.

De esa cuenta, el artículo en mención insta a proceder correctamente en la función jurisdiccional de la segunda instancia respecto a las apelaciones “genéricas” revocadas; basta adicionar una obvia referencia jurídica: sólo en el ámbito de amparo se ordena a la autoridad impugnada emitir nueva resolución, porque el Tribunal de Amparo no puede sustituir la jurisdicción ordinaria.

Finalmente, esta edición de la Revista se completa con el artículo del señor Juez de Sentencia Oscar Alvarado Guevara, quien en el marco de las tecnologías de información y comunicación, hace un repaso de las formas tradicionales de comunicar las resoluciones jurisdiccionales, confrontando, incluso, las disposiciones vigentes del Código Procesal Penal, con las normas jurídicas del Código derogado, evidenciando así, que en el contexto de las notificaciones, la redacción original del Código vigente no innovó, manteniendo la misma línea precedente; por lo que, como lo hace ver el señor Juez, es hasta la reforma legislativa del año 2010, que tanto la comunicación de las resoluciones, así como la convocatoria a audiencias es transformada, avanzando así en la sencillez y simplicidad de los actos judiciales, además, incorpora la utilización de las tecnologías de información y comunicación para tal efecto.

Este cambio normativo, como lo afirma el señor Juez Alvarado Guevara, facilitó en gran medida la impartición de justicia penal, tanto por imponer que toda resolución fuera comunicada en audiencia oral, lo cual excluye las resoluciones escritas y en consecuencia potencializa el sistema por audiencias orales; como por disminuir los

tiempos procesales, evitando así hasta los 50 días que él indica se utilizaban para realizar las notificaciones escritas. Estas ventajas, que con sobrada autoridad da cuenta el señor Juez, por ser de los pioneros de la implementación del sistema por audiencias orales, confirma que fue una decisión legislativa correcta la de hacer uso de las nuevas tecnologías en el ámbito de la justicia penal.

Y conforme ese antecedente, ahora el señor Juez devela la necesidad de extender el uso de las tecnologías de información y comunicación, haciendo obligatorio el uso del casillero electrónico, con el objeto de reducir los tiempos procesales y así cumplir con la obligación judicial de juzgar en un plazo razonable. Esto, visto ligeramente, podría considerarse irrelevante, por cuanto la mayoría de resoluciones son comunicadas en audiencia; sin embargo, al detenerse en la realidad jurisdiccional, se advierte que en la etapa impugnativa, tanto de resoluciones previas a la sentencia, como de las sentencias mismas, aún se notifican por el sistema “tradicional” de envío de papeles a los sujetos procesales, desde el acto de admisión y elevación de la impugnación en la judicatura de origen, así como fijación de audiencia de segunda instancia cuando legalmente corresponda, y por regla general, la sentencia que resuelve el recurso, tanto en segunda instancia, como en la inconstitucional tercera instancia que constituye el recurso de casación.

De esa cuenta, obligar al uso del casillero electrónico, como hizo la Provincia de Córdoba desde el año 2007, y que ahora se receipta en las bases para el anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de Argentina, elaborada por el Ministerio de Justicia de ese país, podría revertir la excesiva duración en la etapa impugnativa, tanto de segunda instancia, como la propia del recurso de casación, que en suma constituye la máxima dilación del proceso penal. Así, el artículo del señor Juez Alvarado Guevara obliga a repensar el uso efectivo de las tecnologías en el sistema de justicia penal, como un instrumento propicio para facilitar la actividad procesal y con ello, asegurar en gran medida, el derecho que tiene todo justiciable de ser juzgado en un plazo razonable.

Así, los artículos contentivos de esta edición, imponen la reflexión crítica de la realidad del sistema de justicia penal, con el objeto de avanzar en su mejora y proveer en suma, de forma constante y progresiva, la legítima y anhelada tutela judicial efectiva a los sujetos procesales.



Coordinador

Comunidad Jurídica de Occidente

LOS ABORÍGENES EN CANADÁ: DETERMINACIÓN DE LA PENA ¹

Pierre Lortie, juez del Tribunal de Quebec²

Jamie Tanis Gladue, 19 años, Aborigen miembro de la Nación crie, vive una relación tumultuosa con su esposo Reuben Beaver. La pareja vive en Nanaimo en Columbia Británica y Jamie es víctima de violencia conyugal. Sufre de adicciones al alcohol y las drogas, así como hipertiroidismo que la lleva a reaccionar excesivamente ante situaciones emocionales. A la edad de 17 años, da a luz a Tanita. Poco después, queda embarazada de un segundo hijo.

El 16 de septiembre de 1995, mientras los amigos celebran el cumpleaños de Jamie bebiendo cerveza, se desata una pelea en la pareja. Jamie sospecha que Reuben tiene una relación con su hermana. La situación empeora y Jamie apuñala a Reuben en el corazón, causando la muerte de este último a la edad de 20 años.

Jamie está acusada de asesinato en segundo grado. A continuación, admite su culpabilidad por el delito menor de homicidio culposo. El 13 de febrero de 1997, el juez impone una sentencia de tres años. Jamie acude al Tribunal de apelación de la Columbia Británica, que confirma este resultado.

El debate es llevado ante el Tribunal Supremo de Canadá. Es la ocasión, por la primera vez, para interpretar el nuevo artículo 718.2e) del Código Penal [C.P.]³ adoptado en septiembre de 1996 por el gobierno federal, previendo que, al determinar la pena, el juez debe examinar todas las sanciones sustitutivas, “especialmente en lo que respecta a los delincuentes aborígenes”. La sentencia *Gladue*, dictada en 1994⁴, es un mito del derecho

¹ Este artículo fue inicialmente escrito en francés. El autor agradece a Florence Leguérinel y Lucía González por la traducción en español.

² El autor vive actualmente en Chicoutimi en Quebec y ejerce sus funciones desde el 2000 en la región de Saguenay-Lac-Saint-Jean al igual que en Chibougamau. En el área criminal, los siguientes miembros de las comunidades autóctonas comparecen delante de él (por orden alfabético): Atikamekw, Cris e Innus. Asimismo, el autor realizó una estadía lingüística en Quetzaltenango, desarrollando un gran interés por Guatemala. Agradecimiento especial a los juristas Erick Juárez Elías y Luis Alberto Fernández Ramírez por su compromiso y aporte.

³ L.R.C. 1985, c. C-46.

⁴ *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688 [*Gladue*].

penal en relación con este enfoque particular⁵. Encaja en la corriente que tiene por objeto abordar el problema mundial de la sobrerrepresentación de los aborígenes en la población carcelaria⁶.

El presente artículo aborda, desde la perspectiva de un juez que ejerce en Quebec⁷, tres temas relacionados con la determinación de la pena concerniente a los aborígenes en Canadá: 1) Las circunstancias que condujeron a la adopción del artículo 718.2e) C.P. 2) Los principios fundamentales del fallo *Gladue*. 3) Las consecuencias de este juicio. Evidentemente, se tratará de un resumen ya que cada tema merece un desarrollo aún más profundo.

Algunas observaciones preliminares son necesarias.

Primero, la federación canadiense está formada por diez provincias y tres territorios. Los idiomas oficiales a nivel federal son el inglés (mayoritario) y francés (principalmente en Quebec). El gobierno federal, cuya capital está en Ottawa, tiene jurisdicción sobre los Indios y el derecho penal en virtud de los párrafos 24 y 27 del artículo 91 de la *Ley constitucional de 1867*. El *Código Penal* se aplica en todo el territorio. El common law influye de manera supletoria y el derecho inglés sigue siendo una fuente en algunos aspectos (ej. la defensa)⁸. El *Código Penal* se complementa con diversas leyes federales, entre ellas por ejemplo, la *Ley que regula determinadas drogas y otras sustancias*⁹. Además, la *Carta Canadiense de Derechos y Libertades* protege los derechos de los acusados (ej. la presunción de inocencia, el derecho a un abogado, etc.). Por otra parte, los gobiernos provinciales interactúan con los Indios en virtud de su competencia sobre la propiedad y los derechos civiles, así como la administración de justicia. Las sentencias de menos de dos años corresponden a las prisiones provinciales y las condenas de dos años o más se cumplen en las penitenciarías federales.

En segundo, el presente artículo utiliza la palabra "aborigen" (autochtone en francés) que significa en el sentido común: "Quién viene del mismo suelo en el que habita, que no ha venido por inmigración o no está de paso"¹⁰. Internacionalmente, no existe una definición estricta. Sin embargo, la noción de "pueblos indígenas" tiene en cuenta, en particular, que estos últimos "descienden de las poblaciones que habitaban el país, o de

⁵ La jueza Mary Ellen Turpel-Lafond mantiene la expresión, en inglés, « important watershed ». Ver: *Sentencing within a restorative justice paradigm: procedural implications of R. v. Gladue*, (2000) 43 Criminal Law Quarterly 34, p. 35.

⁶ Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Sexto período de sesiones 8 a 12 de julio de 2013, *Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas*, A/HRC/EMRIP/2013/2, par. 4 et 41 et siguientes. Ver también : *Pathways to Justice—An Inquiry into the Incarceration Rate of Aboriginal and Torres Strait Islander Peoples*, Australian Law Reform Commission, Report 133, 2017.

⁷ El presente texto compromete solo al autor quien es el único responsable de su contenido.

⁸ Artículo 8(3) C.P. Ver: Jean-Claude Royer et Catherine Piché, *La prueba civil*, 5e ed., Montreal, Ediciones Yvon Blais, 2016, párr. 51, p. 26; Martin Vaclair et Pierre Béliveau, *Tratado general de pruebas y procedimientos penales*, 25e ed., Montreal, Ediciones Yvon Blais, 2018, párr. 35, p. 13.

⁹ L.C. 1996, c. 19.

¹⁰ *Le Petit Robert de la langue française*, ed. 2019.

una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o de la colonización [...]”¹¹. Por otra parte, el artículo 718.2e) C.P. trata de los "delincuentes aborígenes". Según el artículo 35 de la *Ley de la Constitución* de 1982, la expresión "pueblos aborígenes de Canadá" incluye a los Indios¹². La palabra "Indio" proviene de la *Ley de los Indios*¹³, aprobada por el Parlamento Federal en 1876 y modificada desde entonces. Esta palabra se ha convertido de uso común desde que Cristóbal Colón, en 1492, creyendo erróneamente que había llegado a las Indias, naturalmente llamó "indios" a los pueblos que ocupan el continente que será nombrado América¹⁴.

La Ley de los Indios establece que el Ministerio de Asuntos Indios y del Norte de Canadá lleve "un registro de indios en el que conste el nombre de toda persona que tenga derecho a ser inscrita como Indio [...]". El Tribunal Supremo, en el fallo *Daniels*¹⁵, ha determinado que los indios no inscritos están cubiertos por el artículo 91 (24) de la *Ley Constitucional de 1867*.

En tercer lugar, en 2016, la población de Canadá era de 36 millones de habitantes. Existen 1.673.785 Aborígenes (4,9% de la población total), más de la mitad de los cuales viven en las provincias occidentales. Quebec cuenta con 183,000 Aborígenes (2,3% del total de 8.4 millones). Esta población está creciendo rápidamente y se caracteriza por su juventud. No constituye un conjunto homogéneo, ya que existen grupos y subgrupos distintos con una gran diversidad, como lo reflejan los 70 idiomas declarados¹⁶.

1) LAS CIRCUNSTANCIAS QUE HAN LLEVADO A LA ADOPCIÓN DEL ARTÍCULO 718.2E) C.P.

El nuevo artículo del *Código penal* tiene como objetivo remediar el grave problema de la sobrerrepresentación de los aborígenes en las cárceles. Una mirada histórica permite comprender las raíces de este problema.

Antes del encuentro con los europeos, los Aborígenes ocupaban tierras desde tiempos inmemoriales y estaban organizados en sociedad¹⁷. Esta organización incluía mecanismos de resolución de disputas. Aunque, en general, los miembros de las

¹¹ Convención N°169 de la Organización Internacional del Trabajo Artículo 1.1.

¹² R. c. *Gladue*, préc., nota 4, párr. 90.

¹³ L.R.C. 1985, c. I-5.

¹⁴ *Leclaire c. Agencia de impuestos de Quebec*, 2013 QCCS 6083, párr. 9. Apelación rechazada, 2016 QCCA 666. Solicitud de autorización para apelar ante la Corte Suprema rechazada (C.S. Can., 2016-12-22) 37077.

¹⁵ *Daniels c. Canadá (Ministerio de Relaciones entre la Corona y los Pueblos Indígenas)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99.

¹⁶ *Los pueblos aborígenes de Canadá: acontecimientos principales a partir del censo de 2016*, Estadística Canadá; Renée Dupuis, *El Gobierno de Quebec y la autonomía gubernamental de los aborígenes*, documento preparado en el marco del programa de investigación de la Comisión Real sobre los pueblos aborígenes (1995), p. 10.

¹⁷ *Calder et al. c. Fiscal General de Columbia Británica*. [1973] R.C.S. 313.

comunidades evitaban la confrontación, las disputas se resolvían rápidamente para evitar una escalada. Predominó¹⁸ la mediación, el consenso y la reparación.

En 1497, el veneciano Giovanni Caboto, navegando bajo pabellón inglés, toca la costa norteamericana de Terranova¹⁹. En 1534, Jacques Cartier recorre estas mismas costas y luego planta una cruz en Gaspé (en la futura provincia de Quebec) en nombre del rey de Francia, convencido de haber descubierto Canadá²⁰. Posteriormente, los franceses (en Canadá) y los ingleses (en Virginia) fundan colonias. Entran en contacto con personas aborígenes cuya población, alrededor de 1600, se estima en aproximadamente unos 225,000 en América del Norte (sin contar México), incluyendo 25 000 en Quebec actualmente²¹.

En el territorio de Quebec se encontraban tres grandes familias lingüísticas: algonquina, iroquoienne e inuktitut²². Los iroqueses eran bastante sedentarios. Algonquinas e Inuit eran nómadas, su forma de vida basada en la caza, la pesca y la recolección²³.

Bajo el régimen francés, las relaciones se modelaron sobre el comercio de pieles, lo que exigía la colaboración de los Aborígenes y una buena vecindad²⁴. Este espíritu de buena voluntad se refleja en la administración de justicia de Samuel de Champlain, fundador de la ciudad de Quebec en 1608, quien luego asumirá el cargo de gobernador de Nueva Francia. Champlain se inspira en las costumbres aborígenes para resolver litigios complejos²⁵. Así, después de los asesinatos de personas francesas por Montañeses (Innus), aumenta la tensión y se corre el riesgo de que estalle una guerra, ya que los franceses buscaban un castigo europeo con represalias. Champlain, quien se niega a vengarse de las personas no culpables, interviene buscando en primer lugar conociendo los hechos. Luego mantiene consultas y discute ampliamente con los dirigentes montañeses y los invita a hacer sugerencias. Él encuentra soluciones que son aceptables para todas las partes. Champlain logró renovar los lazos de confianza entre las dos

¹⁸ Jean-Sébastien Plante, *La justicia bajo el régimen francés, Ministerio de Justicia de Quebec*, 2008.

¹⁹ Olive Patricia Dickason, *Las primeras naciones de Canadá, Quebec, Septentrión*, 1996, p. 11, 83 y 87; Raymonde Litalien et Denis Vaugeois, *La Medida de un continente, Exploraciones y fronteras de América del Norte, 1492-1814*, Montreal, Biblioteca quebequense, 2016, paginas 27, 37 y 143.

²⁰ O. P. Dickason, prec., nota 19, p. 93; Jacques Lacoursière, Jean Provencher et Denis Vaugeois, *Canadá-Quebec. Síntesis histórica, 1534-2010*, Quebec, Septentrión, 2011, p. 25.

²¹ Jean Hamelin et Jean Provencher, *Breve historia de Quebec*, Montreal, Boreal, 1997, p. 10.

²² John A. Dickinson et Brian Young, *Breve historia socio-económica de Quebec*, 4ª edición, Quebec, Septentrión, 2014, p. 29.

²³ Camil Girard et Carl Brisson, *Reconocimiento y exclusión de los pueblos aborígenes de Quebec: del tratado de alianza desde 1608 hasta la fecha*, Quebec, Editorial de la Universidad Laval, 2018, p. 22.

²⁴ Pierre Lepage, *Mitos y realidades sobre los pueblos autóctonos*, 2ª edición, Quebec, Comisión de derechos humanos y derechos de la juventud, 2002, p. 11.

²⁵ David Hackett Fischer, *El sueño de Champlain*, Montreal, Boreal, 2011.

naciones. Todos elogiarán su sabiduría y la amistad franco-montañesa se verá mejorada²⁶.

A partir de 1754, las colonias angloamericanas y franco-canadienses se enfrentaron en la estratégica región de Ohio. Esto, junto con otros acontecimientos, condujo en 1756 a la Guerra de los Siete Años entre Francia e Inglaterra en vista de la hegemonía mundial²⁷. En 1760, al final de la Guerra de la Conquista (llamada por los angloamericanos *French and Indian War*), Nueva Francia cae bajo la ocupación militar británica²⁸. El 10 de febrero de 1763, se firma el Tratado de París, que prevé una cesión del territorio por Francia a Inglaterra.

Contrariamente a un mito difundido, los nativos no fueron conquistados, los franceses y los británicos buscaron tratados de alianza o de neutralidad²⁹.

El 7 de octubre de 1763, el Rey Jorge III establece la Proclamación Real que introduce en el nuevo territorio el derecho criminal de Inglaterra³⁰. Además, esta proclamación otorga un estatus especial a los aborígenes y se llamará "Carta de los derechos de los Indios"³¹. En 1791, el *Acta Constitucional* divide la colonia en dos provincias: el Bajo Canadá (Quebec) y el Alto Canadá (Ontario)³².

En 1867, las colonias británicas al norte de los Estados Unidos (Nuevo Brunswick, Nueva Escocia, Ontario y Quebec³³) se agrupan en una federación. *El Acta de la Norteamérica británica*, que ahora es conocida como la *Ley Constitucional británica de 1867*, distribuye los poderes entre el gobierno federal y las provincias. En virtud de esta ley, la jurisdicción federal sobre el derecho penal y los Indios es exclusiva. Además, las provincias tienen competencia respecto a la administración de justicia y la organización

²⁶ *Id.*, páginas 412 y siguientes y páginas 463 y siguientes.

²⁷ Guy Frégault, *La guerra de siete años y la civilización canadiense*, Revista de historia de América francesa, (1953) volumen 7, número 2, 183, p. 185.

²⁸ *Leclair c. Agencia de impuestos de Quebec*, prec., nota 14, párr. 196. Ver también: Charles-Philippe Courtois, *La Conquista, Revista de Argumentos: política, sociedad e historia*, volumen 15, número 1 (hiver 2012) 56.

²⁹ P. Lepage, prec., nota 24, p. 15. Ver también: Alain Beaulieu, « Bajo la protección de Su Majestad. El significado de la Conquista para los Aborígenes », en 1763. *El tratado de París conmueve a América, bajo la dirección de Sophie Imbeault*. Denis Vaugeois et Laurent Veyssiére, Quebec, Septentrion, 2013, p. 279; Denys Delâge, *Las Primeras Naciones y la Guerra de la Conquista (1754-1765)*, (2009) Les Cahiers des dix (63) 1, p. 7 et 67; O. P. Dickason, prec., note 19, p. 177; Michel Morin, *La usurpación de la soberanía autóctona. El caso de los pueblos de Nueva Francia y de las colonias inglesas de América del Norte*, Montreal, Boreal, 1997, p. 61; La tesis de la negación de los derechos aborígenes durante el régimen francés no había sido aceptado: René Morin, *La Corte Suprema de Canadá y la causa autóctona: la historia en el banco de los acusados*, Conferencia de juristas del Estado (2009) 373, p. 387 y 388. El autor Morin se refiere a la sentencia de la Corte suprema *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, párr. 53. Ver también *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1052 et 1053.

³⁰ André Morel, *La recepción del derecho penal inglés en Quebec, (1760-1892)*, (1978) 13 R.J.T. 449, p. 491.

³¹ *R. c. Sioui*, prec., nota 29, p. 1063 y 1064.

³² J. Lacoursière, J. Provencher et D. Vaugeois, prec., nota 20, p. 198.

³³ Otras seis provincias se irán añadiendo gradualmente (por orden cronológico): Manitoba, Colombia-Británica, Isla de Príncipe Édouard, Saskatchewan, Alberta, Terranova. También se añadirán los Territorios del Noroeste, Nunavut y Yukon.

de los tribunales. Cabe señalar que Canadá logrará la plena soberanía y el estatus internacional en 1931 tras la adopción por el Parlamento británico del *Estatuto de Westminster*. En 1982, la Constitución canadiense fue repatriada para que Canadá se volviera completamente independiente.

En 1876, el gobierno federal aprobó la *Ley de los Indios*. Sobre la base de un enfoque paternalista, esta ley otorga amplios poderes al gobierno federal sobre la vida de los aborígenes. Uno de los objetivos es la "emancipación" por la pérdida del estatus indígena. Se define la palabra "reserva": se trata de una parte del territorio que legalmente es propiedad de la Corona y que se ha reservado para el uso y beneficio de una banda³⁴. Estas reservas, creadas en diferentes épocas y de acuerdo a diferentes modos legales, estaban dirigidas a frenar el despojo de tierras al mismo tiempo que establecían un "régimen de tutela"³⁵. El estilo de vida de los pueblos nómadas se ve trastornado: se convierten en sedentarios con fines de asimilación³⁶.

De acuerdo con esta línea de pensamiento reductora, los internados indios se establecen en Canadá. El Superintendente Adjunto de Asuntos Indios, Duncan Campbell Scott, declara en 1920 que la política del gobierno es de "continuar" hasta que no haya un solo Indio en Canadá que no haya sido absorbido en la sociedad, que no haya más asuntos Indios ni Ministerio de Asuntos Indios³⁷.

El ex juez de la Corte Suprema de Canadá, Antonio Lamer³⁸, durante una entrevista realizada en 2001, califica la situación de "secuestro", ya que los niños fueron encarcelados en las escuelas³⁹ para todos los fines prácticos. Luego fueron adoctrinados para unirse a una nueva cultura. Además, estas escuelas prohíben los idiomas y ciertas prácticas espirituales así como la transmisión de valores, según lo documentado en 2015 por la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Canadá, que escuchó a más de 6,000 testigos, la mayoría de los cuales fueron sobrevivientes de estas escuelas⁴⁰. Los efectos perjudiciales de esta política de desarraigo han repercutido a través de las generaciones. Se puede establecer un vínculo entre esta experiencia traumática y las malas

³⁴ O. P. Dickason, *préc.*, nota 19, p. 283.

³⁵ Alain Beaulieu, *Los aborígenes y Quebec: La creación de las reservas indias en Quebec*, Montreal, Editorial de la Universidad de Montreal, 2013, p. 148; Renée Dupuis, *Tribus, Pueblos y naciones*, Montreal, Boreal, 1997, p. 34.

³⁶ Jérôme Morneau, *Históricos de las comunidades indígenas de Quebec para la redacción de los informes Gladue*, preparados para el ministerio de Justicia de Quebec, 2016, p. 30.

³⁷ Cita extraída de un discurso pronunciado por el ex juez jefe de Canadá Beverley McLachlin (2000-2017), *La civilización de la diferencia*, 2003. La jueza principal deplora la exclusión y la desvalorización de las culturas autóctonas.

³⁸ El juez Lamer (1933-2007) fue nombrado miembro de la Corte suprema en 1980. Se convirtió en juez jefe de Canadá en 1990 y se jubiló en 2000.

³⁹ P. Lepage, *préc.*, nota 24, p. 30.

⁴⁰ El informe de la Comisión puede consultarse en <http://www.trc.ca>.

condiciones socioeconómicas de los aborígenes (tasa de suicidio, condiciones de vivienda, pobreza, etc.)⁴¹.

El sistema judicial no es inmune a estas conmociones. Por ejemplo, los Aborígenes no entienden el lenguaje ni los procedimientos del derecho canadiense. A menudo, se declaran culpables sin darse cuenta de lo que les sucede y son encarcelados en gran parte por no pagar las multas. La puesta en libertad, durante la investigación de fianza, se concede con menos frecuencia.

Más fundamentalmente, el sistema europeo se centra en el castigo, mientras que los aborígenes favorecen la mediación y la reparación⁴². En su opinión, el enfoque europeo no tiene ninguna legitimidad, puesto que es represivo y sirve para afirmar una dominación⁴³.

En 1967, el informe Laing documentó la representación excesiva de los Aborígenes (hombres y mujeres) en el sistema penitenciario canadiense. Posteriormente, las comisiones de investigación federales y provinciales se establecen para estudiar este problema⁴⁴. En 1989, el profesor Michael Jackson informó que a mediados de la década de 1980, los Aborígenes representaban el 2% de la población de Canadá, pero el 10% de la población carcelaria⁴⁵.

Por otra parte, la *Ley constitucional de 1982*, aprobada por el Parlamento canadiense, establece en el artículo 35 que: "Los derechos existentes - ancestral o tratado - de los pueblos aborígenes de Canadá son reconocidos y confirmados". Según la Corte Suprema, este artículo "establece el marco constitucional para reconocer que los aborígenes vivían en el territorio en sociedades distintivas, con sus propias culturas, prácticas y tradiciones, y reconciliar este hecho con la soberanía de Su Majestad. [...]. Los derechos ancestrales reconocidos y confirmados [...] deben tender a conciliar la preexistencia de las sociedades aborígenes y la soberanía de Su Majestad"⁴⁶. Además, el artículo 25 de la *Carta Canadiense de los Derechos y Libertades* agrega una cláusula de no vulneración a los derechos de los pueblos aborígenes⁴⁷.

⁴¹ Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya, Addendum, *The situation of indigenous peoples in Canada*, A/HRC/27/52/Add.2, 2014, párr. 5 et 29.

⁴² J.-S. Plante, préc., note 18.

⁴³ Informe del Osnaburgh-Windigo Tribal Council Justice Review Committee, incluido en René Dussault y Georges Erasmus, *Más allá de las divisiones culturales: un informe sobre los aborígenes y la justicia penal en Canadá*, Ottawa, Comisión real sobre los pueblos aborígenes, 1996, p. 55.

⁴⁴ Renée Brassard, Lise Giroux y Dave Lamothe-Gagnon, *Perfil correccional 2007-2008: Los Aborígenes confiados a los Servicios correccionales*, Quebec, Servicios correccionales, Ministerio de Seguridad pública, 2011.

⁴⁵ Michael Jackson, *Locking Up Natives in Canada*, (1988-89), 23 University of British Columbia Law Review 215, p. 215. Citado con aprobación por Gladue, préc., nota 4, párr. 58.

⁴⁶ R. c. *Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, párr. 31.

⁴⁷ *Remisión relativa a la secesión de Quebec*, [1998] 2 R.C.S. 217, párr. 82.

Por su parte, en 1985, la Asamblea Nacional de Quebec aprobó una resolución reconociendo que los aborígenes son naciones e instaba al gobierno a concluir acuerdos, particularmente en lo que respecta a la autonomía gubernamental y el respeto de las tradiciones.

Dos acontecimientos importantes provocan un despertar brutal de los no aborígenes⁴⁸:

- En junio de 1990, el Acuerdo del lago Meech celebrado en 1987, contemplaba "el reconocimiento de lo que Quebec forma en una sociedad distinta dentro de Canadá", no puede ser ratificado por ciertas provincias dentro de los plazos legales establecidos. Varias razones explican este desacuerdo, entre ellas la negativa del parlamentario aborígen Elijah Harper, pluma de águila en la mano, a dar su consentimiento para votar en la Asamblea Legislativa de Manitoba sobre el Acuerdo. Esta oposición simboliza la desilusión de los aborígenes que buscaban en vano el mismo reconocimiento de su carácter distinto⁴⁹.
- En 1990, la ciudad de Oka, situada a treinta kilómetros de Montreal, decidió ampliar su campo de golf. Los miembros de la Nación Mohawk se oponen al proyecto levantando barricadas, argumentando que las tierras les pertenecen. Todo esto conlleva a un enfrentamiento entre, por una parte, los mohawks y, por otra, la policía de Quebec y el ejército canadiense⁵⁰.

En 1991, en este contexto de gran tensión e incompreensión, el gobierno canadiense creó la Comisión Real sobre los Pueblos Aborígenes, cuyo mandato consiste en analizar la evolución de las relaciones entre los pueblos aborígenes y el conjunto de la sociedad canadiense proponiendo al mismo tiempo soluciones. En 1996, la Comisión, copresidida por el Juez de la Corte de Apelaciones de Quebec René Dussault y el ex Jefe Georges Erasmus, produjo su informe compuesto por cinco volúmenes que sumaban un total de 4,000 páginas y contenían 440 recomendaciones. Además, la Comisión organiza una serie de mesas redondas nacionales, entre ellas una sobre la justicia. El hallazgo es unánime: el sistema de justicia penal no responde a las necesidades de los Aborígenes de Canadá.⁵¹

⁴⁸ Jonathan Rudin, *Aboriginal Over-representation and R. v. Gladue: Where We Were, Where We Are and Where We Might Be Going*, *The Supreme Court Law Review : Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference* 40 (2008) 687, p. 688 et 689. Ver también: R. Dussault y G. Erasmus, prec., nota 43, p. 21.

⁴⁹ O. P. Dickason, prec., nota 19, p. 409-410.

⁵⁰ Émilie Guilbeault-Cayer, *La Crisis de Oka, Más allá de las barricadas*, Quebec, Septentrion, 2013, p. 20-21. Ver también: Geoffrey York and Loreen Pindera, *People of the Pines : The Warriors and the Legacy of Oka*, Toronto, Little, Brown and Company, 1991; Harry Swain, *Oka : A Political Crisis and its Legacy*, Vancouver, Douglas & McIntyre, 2010.

⁵¹ R. Dussault et G. Erasmus, prec., nota 43.

El 13 de junio de 1994, el gobierno federal presentó el proyecto de ley C-41, que es el resultado de unos quince años de esfuerzos para reformar el proceso general de sentencia de manera integral en todas categorías de delincuentes adultos. Esta reforma pretende ser una reacción al recurso frecuente del encarcelamiento⁵². También tiene la intención de ampliar la aplicación de los principios de la justicia correctiva, que incluye una forma de restitución y reinserción en la comunidad⁵³.

El Ministro Federal de Justicia, Allan Rock, declara que los Aborígenes son mencionados específicamente en las nuevas disposiciones del *Código Penal* porque desafortunadamente están excesivamente representados en la población carcelaria de Canadá. Además, "lo que queremos hacer... es alentar a los tribunales a recurrir a medidas alternativas en la medida en que sean compatibles con la protección del público - me refiero a las medidas alternativas que son preferibles al encarcelamiento - y no simplemente recurrir a esta medio fácil en todos los casos"⁵⁴. El 3 de septiembre de 1996, el nuevo artículo 718.2 *C.P.* entra en vigor:

El tribunal determina la sentencia a imponer, teniendo en cuenta igualmente los siguientes principios: [...]

e) La revisión de todas las sanciones sustitutivas aplicables que se justifiquen en las circunstancias, particularmente con respecto a los delincuentes aborígenes⁵⁵.

Por primera vez en 1999, la Corte Suprema tiene la oportunidad de interpretar y aplicar esta nueva disposición. Se trata de la sentencia *Gladue*.

2) LOS GRANDES PRINCIPIOS DE LA SENTENCIA GLADUE

Por consiguiente, el caso de Jamie Tanis Gladue, condenada a tres años por homicidio culposo de su cónyuge, se encuentra ante el Tribunal Supremo. El 23 de abril de 1999, en un fallo unánime, la Corte enuncia los principios fundamentales de la determinación de sentencia en materia aborigen. Esta es una decisión muy amplia, que abarca 62 páginas y 99 párrafos. En resumen⁵⁶:

- 1) El Tribunal considera que el nuevo artículo 718.2e) *C.P.* se inscribe en la reforma general del *Código Penal* que se enfoca en los objetivos correctivos (ej. reparación de los daños) que se distinguen de los objetivos punitivos. El encarcelamiento debería ser una sanción de último recurso, más que generalmente es inefectivo.

⁵² *Gladue*, prec., nota 4, párr. 57. Ver también: *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61.

⁵³ *Gladue*, prec., nota 4, párr. 43.

⁵⁴ Comité permanente de Justicia y asuntos jurídicos (Actas y testimonios, fascículo n° 62, 17 noviembre 1994, a la p. 62:15). Citado por la Corte suprema en *Gladue*, préc., note 4, párr. 47.

⁵⁵ Subrayado añadido.

⁵⁶ Este resumen se inspira en el de la Corte de Justicia en el párr. 93.

- 2) El nuevo artículo no constituye una simple codificación de la jurisprudencia existente. Tiene por objeto abordar el grave problema de la representación excesiva de los Aborígenes en las cárceles y alentar al juez a que adopte un enfoque correctivo en la determinación de la pena. El juez está obligado a dar una fuerza real a este propósito restaurativo. No tiene facultades discrecionales para evaluar o no evaluar las circunstancias particulares del delincuente aborígen; su única facultad discrecional es determinar una sentencia justa y apropiada.
- 3) El método de análisis se ha modificado, por lo que es necesario abordar la determinación de la sentencia de manera diferente ya que la situación de los Aborígenes es diferente de la de los no aborígenes. El juez debe considerar:
 - a) Factores sistémicos o históricos distintivos que pueden ser una de las razones por las cuales el delincuente aborígen comparece ante los tribunales. A continuación: "Debemos [...] reconocer que la situación de los delincuentes aborígenes difiere de la mayoría, ya que muchos Aborígenes son víctimas de discriminación directa o sistémica, muchos sufren las consecuencias de la reubicación y muchos se encuentran en una situación económica y social desfavorable"⁵⁷.
 - b) Los tipos de procedimientos para la determinación de la sentencia y las sanciones que, según las circunstancias, pueden ser apropiadas en razón de la herencia o los vínculos de los Aborígenes. Las prácticas innovadoras se deben considerar (ej. círculos de sanación que reúnan al acusado y a su comunidad⁵⁸).
- 4) El juez debe considerar esta situación particular y necesitará información. Además, puede conocer de oficio inevitablemente los factores sistémicos e históricos generales que afectan a los aborígenes y la prioridad que se da en su cultura a un enfoque correctivo. Normalmente, la información específica sobre el caso provendrá de abogados y de un informe pre-sentencia que tendrá en cuenta factores específicos. La información también puede provenir de observaciones presentadas por la comunidad en cuestión. En ausencia de alternativas al encarcelamiento, la duración de la sentencia debe considerarse cuidadosamente.
 - Nota del autor: se partirá hablando acerca de un "Informe Gladue", mucho más extenso que un informe regular, profundizando en los temas vinculados al individuo, a su comunidad y a las medidas alternativas al encarcelamiento⁵⁹. Este tipo de informe es elaborado por una persona

⁵⁷ Gladue, prec., nota 4, párr. 68.

⁵⁸ Sobre los círculos de curación, véase: Mylène Jaccoud, *Los círculos de curación y los círculos de sentencia*, Criminología, volumen 32, número 1 (1999) 79.vvvv

⁵⁹ Sébastien April et Mylène Magrinelli Orsi, *Las prácticas provinciales y territoriales relacionadas con la sentencia Gladue*, División de investigación y estadística, Ministerio de Justicia de Canadá, 2013.

especialmente capacitada (ej. un trabajador de justicia comunitario, un trabajador judicial).

- 5) El acusado podrá renunciar a su derecho a obtener dicho informe.
 - Nota del autor: Es posible, dependiendo de la situación en particular, considerar los factores de la sentencia *Gladue* sin tener necesariamente un informe. En este sentido, el juez puede recurrir al conocimiento de oficio y considerar las observaciones de los abogados.
- 6) El artículo no debe considerarse como un medio de reducir automáticamente la pena de prisión.
 - Nota del autor: el juez no debería proceder en dos etapas, ya sea que primero determine la duración de la sentencia y luego proceda a una reducción para tener en cuenta los factores de *Gladue*. Por el contrario, los factores deben ser parte de un análisis completo para determinar la pena apropiada⁶⁰.
- 7) Tampoco se debe suponer que el delincuente recibe una sentencia más leve simplemente porque no se impone el encarcelamiento. Por lo tanto, a menudo es más aterrador confrontar a la víctima que arriesgar un período de encarcelamiento⁶¹.
- 8) El artículo se aplica a todos los delincuentes aborígenes dondequiera que residan, dentro y fuera de la reserva, en una ciudad grande o en un área rural.
- 9) El período de encarcelamiento impuesto al delincuente aborígen puede, en ciertas circunstancias, ser más corto que el impuesto a un delincuente no aborígen por el mismo delito teniendo en cuenta el contexto particular. El hecho de tener en cuenta las circunstancias particulares en que se encuentran los aborígenes no es injusto para los no aborígenes. El propósito esencial del artículo es garantizar un trato justo a los delincuentes aborígenes teniendo en cuenta sus diferencias. No se trata de "discriminación inversa".
- 10) No es razonable suponer que los pueblos aborígenes no creen en la importancia de los objetivos tradicionales de la determinación de la sentencia, como la disuasión, la denuncia y el aislamiento, cuando están justificados. "En este contexto, en regla general, cuanto más grave y violento sea el delito, mayor será la probabilidad, desde un punto de vista práctico que el período de encarcelamiento sea el mismo para los delitos y los delincuentes similares, independientemente que el delincuente sea Aborígen o no aborígen"⁶².

⁶⁰ *R. v. Chanalquay*, 2015 SKCA 141, párr. 37; *R. c. Diabo*, 2018 QCCA 1631, párr. 59.

⁶¹ Daniel Kwochka, *Aboriginal Injustice: Making Room for a Restorative Paradigm*, (1996) 60 Saskatchewan Law Review 153, p. 165. Citado por la Corte con aprobación en el párr. 72.

⁶² *Gladue*, prec., nota 4, párr. 93 punto 13.

- Nota del autor: Esta declaración será una fuente de interpretación y confusión. Así, la Corte de Apelaciones de Ontario, en el fallo *Carrière*⁶³, sostiene que los principios de la sentencia *Gladue* no se aplican a los delitos graves⁶⁴.

¿Qué pasa con la sentencia de tres años impuesta a Sra. Gladue? Normalmente, la Corte habría remitido el caso a primera instancia para su revisión de acuerdo con los factores identificados. Sin embargo, dadas las circunstancias agravantes, la duración no es irrazonable. Además, la acusada fue puesta en libertad condicional después de haber recibido terapia por su problema de alcoholismo y toxicomanía. En este contexto, la Corte Suprema decide no intervenir.

3) LAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DE GLADUE

La Corte Suprema envió un mensaje claro para detener una crisis en el sistema de justicia penal canadiense. Se trata de un "problema social triste y urgente"⁶⁵. ¿Ha llegado el mensaje? Algunos autores han analizado la jurisprudencia posterior a *Gladue* y han llegado a la conclusión de que la "revolución" esperada en el sistema no se ha producido⁶⁶. Hay una variedad de razones que explican esta situación: la imposición de una carga causal al delincuente aborígen en relación con un nexo causal, según se establece en *Gladue* con respecto a los delitos violentos y graves, la dificultad para obtener información de las comunidades aborígenes, etc. Además, en varios juicios ni siquiera mencionan la sentencia *Gladue*⁶⁷.

El 23 de marzo de 2012, en la sentencia *Ipeelee*⁶⁸, el Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de revisar y confirmar los principios de la sentencia *Gladue*. Este caso se refiere a Manasía Ipeelee, un Inuit nacido en Iqaluit, Nunavut, y Frank Ralph Ladue, miembro de la banda denee en el territorio de Yukon, en el contexto del incumplimiento de las órdenes de supervisión a largo plazo. En general, el Tribunal observa que, por una parte, los jueces hesitan en tomar conocimiento de oficio de los factores sistémicos e históricos que afectan a los aborígenes en la sociedad canadiense⁶⁹ y, por otro lado, que la representación excesiva no ha hecho más que aumentar⁷⁰. La Corte formula las siguientes observaciones:

⁶³ *R. v. Carrière*, 2002 ONCA 41803.

⁶⁴ Esta caracterización se basa de en la sentencia de la Corte suprema *R. c. Ipeelee* 202 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, párr. 84.

⁶⁵ *Gladue*, prec., nota 4, párr. 64.

⁶⁶ Alana Klein, *Gladue in Quebec*, (2009) 54 Criminal Law Quarterly 506, p. 507.

⁶⁷ *Id.*, p. 521.

⁶⁸ *R. c. Ipeelee*, prec., nota 64.

⁶⁹ *Id.*, párr. 60.

⁷⁰ *Id.*, párr. 62.

[80] Una revisión de la jurisprudencia posterior a la sentencia *Gladue*, en la que los tribunales aplicaron [Artículo 718.2e], demuestra la existencia de varios problemas relacionados con la implementación de esta disposición. Al cometer estos errores, los tribunales han reducido significativamente el alcance y el potencial reparador [...]. Así comprometieron el logro de los objetivos buscados en el fallo *Gladue*.

Los tribunales "deben conocer de oficio cuestiones como la historia de la colonización, el desplazamiento de la población y los internados y cómo estos eventos todavía se reflejan actualmente en los pueblos aborígenes por los bajos niveles de escolarización, bajos ingresos, elevada tasa de desempleo, abuso grave de alcohol u otras drogas, altos índices de suicidio y, por supuesto, altos índices de encarcelamiento"⁷¹.

El Corte destaca dos errores cometidos por los tribunales. Por una parte, es erróneo exigir al acusado que establezca un vínculo causal entre los factores históricos y la comisión del delito. Esta es una carga de prueba demasiado pesada. Por otro lado, la jurisprudencia ha enfatizado incorrectamente en un pasaje en el fallo *Gladue* en cuanto a sentencias similares por delitos graves⁷² y violentos. La aplicación de los principios de *Gladue* es obligatoria en todos los casos en los que esté implicado⁷³ un delincuente aborígen.

- Nota del autor: los tribunales tienden a predominar los objetivos de denuncia y disuasión e imponer penas de prisión a los Aborígenes y a los no aborígenes en el contexto de la violencia doméstica⁷⁴ y el abuso de menores⁷⁵. En el caso *Neashish*⁷⁶, el juez encontró que las mujeres aborígenes víctimas de agresiones también han sufrido los factores históricos y los trastornos en su comunidad. Son doblemente víctimas a causa de los actos y gestos del acusado y de la discriminación sistémica sufrida.

La Corte Suprema, nuevamente en *Ipeelee*, recuerda el principio fundamental de proporcionalidad de la sentencia a la gravedad de la ofensa y el grado de responsabilidad del delincuente. Este principio, que tiene una dimensión constitucional⁷⁷, debe tenerse especialmente en cuenta en el caso de los aborígenes debido a factores históricos y sistémicos, ya que su experiencia no tiene "nada que ver con la de la mayoría de los

⁷¹ *Id.*, párr. 60.

⁷² *Id.*, párr. 84.

⁷³ *Id.*, párr. 87.

⁷⁴ *R. c. Bégin-Raphaël*, 2015 QCCQ 3342.

⁷⁵ *R. v. E.M.Q.*, 2015 BCSC 201, párr. 49.

⁷⁶ *R. c. Neashish*, 2016 QCCQ 10775, párr. 134 y 135. Solicitudes de prórroga del plazo de apelación y de autorización para apelar contra la condena, 2016 QCCA 1915.

⁷⁷ Artículos 7 (principio de justicia fundamental) y 12 (pena desproporcionada) de la *Carta de derechos y libertades de Canadá*.

canadienses⁷⁸. Estos factores disminuyen la culpabilidad moral y pueden considerarse circunstancias atenuantes, como parte del propósito general de la sentencia. La Corte va un paso más allá de *Gladue* al mencionar que "los niveles actuales de delincuencia están íntimamente vinculados a la herencia del colonialismo"⁷⁹.

¿Cómo respondieron los tribunales a la sentencia *Ipeelee*? Algunos autores, después de analizar la jurisprudencia, consideran que el enfoque innovador del artículo 718.2e) C.P. está sujeto a la resistencia judicial⁸⁰. Sin embargo, existen casos interesantes de aplicación:

- 1) En 2013, Brian Kawapit admitió su culpabilidad por varios delitos relacionados con la conducción de automóviles. El Comité de Justicia de Whapmagoostui (comunidad criée de Norte de Quebec) mantiene un círculo de sentencia que une al acusado, a su familia y a la víctima. El comité, compuesto por miembros de la comunidad, hace recomendaciones al juez, favoreciendo medidas alternativas al encarcelamiento (estancias supervisadas en el bosque, preparación de una comida comunitaria tradicional con el producto de la caza, ejecución del trabajo comunitario, seguimiento terapéutico por los mayores, etc.). El juez, aplicando los principios de la justicia correctiva, recuerda estas recomendaciones en lugar de imponer el encarcelamiento⁸¹.
 - 2) En enero de 2018, la Corte Suprema de Nueva Escocia impuso una sentencia en la comunidad (arresto domiciliario y toque de queda) a una mujer aborigen que se declaró culpable de una acusación de fraude en 2010 contra su empleador, el consejo de banda⁸². Además, se ha previsto un reembolso. Al hacerlo, el Juez rechaza una solicitud de la Corona de Encarcelamiento y retiene los siguientes elementos de un informe de *Gladue*: trauma intergeneracional, infancia marcada por los abusos y un entorno poco saludable, adicción a las drogas y el alcohol, rehabilitación, necesidad de preservar los logros. Particularmente interesante es la recomendación de la coordinadora del comité de justicia local en cuanto a un círculo de curación. Este tipo de procedimiento está destinado a reparar el daño causado a la víctima y a la comunidad. Reúne a una docena de personas, incluidos los acusados, los miembros de la comunidad y la víctima. Bajo la supervisión de un trabajador social, los participantes formulan recomendaciones.
- Nota del autor: En este caso, todavía era posible imponer la sentencia en la comunidad. Las enmiendas posteriores al *Código Penal* han restringido esta medida. Además, el legislador ha previsto nuevas penas mínimas⁸³. Estos impedimentos a la discreción judicial son objeto de críticas doctrinales por el hecho de que pueden dar lugar a la encarcelación desproporcionada de los

⁷⁸ *Ipeelee*, prec., nota 64, párr. 2.

⁷⁹ *Id.*, párr. 77.

⁸⁰ Marie-Andrée Denis-Boileau and Marie-Ève Sylvestre, *Ipeelee y el deber de resistencia*, (2016) 21 Canadian Criminal Law Review 73.

⁸¹ *R. c. Kawapit*, 2013 QCCQ 5935. Ver también: *R. c. Mamianskum*, Tribunal de Quebec, distrito de Abitibi, localidad de Kuujuuarapik, n° 640-01-026999-129, 4 abril 2014.

⁸² *R. v. Johnson*, 2018 NSSC 10.

⁸³ Véase por ejemplo: *Ley de seguridad de las calles y las comunidades*, L.C. 2012, c. 1.

aborígenes, lo que contradice el objetivo de remediar la representación excesiva⁸⁴. Por otra parte, en la sentencia *Boudreault*⁸⁵, relativa al recargo compensatorio que debe inevitablemente pagar un acusado culpable, el Tribunal Supremo tuvo en cuenta los factores de *Gladue* para invalidar la disposición pertinente del *Código Penal*. Así: "[...], toda sanción penal impuesta de manera desproporcionada a las personas marginadas y vulnerables corre el riesgo de ser infligida de manera desproporcionada a los aborígenes [...]. Así como los aborígenes siguen representado un exceso en las prisiones de Canadá, se puede esperar también que sean representados en exceso en las audiencias de encarcelamiento celebradas debido al incumplimiento de una orden de pago de recargo".

- 3) En 2018, la Corte de Apelaciones de Quebec examinó el caso de Stacey-Sikounik Denis-Damée⁸⁶, quien había admitido culpabilidad a una acusación reducida por homicidio involuntario culpable. En el contexto de una disputa familiar, la acusada, Atikamekw de Opitciwan en Quebec, de 21 años, apuñala a su padre dándole muerte mientras ella se encontraba muy intoxicada. El primer juez acepta la recomendación de la fiscalía e impone una pena de seis años⁸⁷. La defensa lleva el caso a apelación. El Tribunal de Apelación describe así la experiencia de la acusada: "Infancia despojada por el comportamiento de sus padres, adopción y reproducción, por la fuerza de las circunstancias, del modo de vida inculcado por este último, inexorable descenso al abismo de la drogas, estado permanente de intoxicación y falta de recursos eficientes para ayudarle [...]. Estamos aquí, no tengas miedo de las palabras, al borde de la indignidad humana"⁸⁸. De acuerdo a las sentencias *Gladue* e *Ipeelee*, y sobre la base de un informe de *Gladue* que describe los factores históricos y sistémicos que disminuyen el grado de culpabilidad moral, la Corte de Apelación redujo la pena de seis a dos años.
- 4) El 10 de abril de 2019, en *R. c. Iserhoff y Coon Come*⁸⁹, el juez toma en cuenta la ausencia de un centro de detención cerca de la comunidad alejada de los acusados, esto a pesar de los compromisos del gobierno de favorecer la proximidad de los servicios. Además, el juez considera como una consecuencia indirecta la detención en las prisiones regulares que no están adaptadas a los aborígenes. Estos últimos son los más desfavorecidos en cuanto a la libertad condicional. Todos estos elementos forman un continuo con los principios expuestos en *Gladue* e *Ipeelee*, lo que permite atenuar la pena.

⁸⁴ Larry N. Chartrand, *Aboriginal Peoples and Mandatory Sentencing*, (2001) 39(2) Osgoode Hall Law Journal 449; Jonathan Rudin, *Looking Backward, Looking Forward: The Supreme Court of Canada's Decision in R. v. Ipeelee*, *The Supreme Court Law Review*, Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference 57 (2012); David M. Paciocco, *The Law of Minimum Sentences: Judicial Responses and Responsibility*, (2015) 19 Canadian Criminal Law Review 173.

⁸⁵ *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, párr. 83.

⁸⁶ *Denis-Damée c. R.*, 2018 QCCA 1251.

⁸⁷ *R. c. Denis-Damée*, 2017 QCCQ 6825.

⁸⁸ *Denis-Damée c. R.*, prec., nota 86, párr. 103. Subrayado añadido.

⁸⁹ *R. c. Iserhoff et Coon Come*, C.Q. Abitibi, Mistissini, sala penal, 614-01-000060-158.

4) CONCLUSIÓN

La Corte Suprema en las sentencias *Gladue e Ipeelee*, sobre la base del artículo 718.2 (e) *C.P.*, envía un mensaje enérgico para tener en cuenta la situación particular de los delincuentes aborígenes después de la sentencia y examinar alternativas al encarcelamiento a fin de abordar el grave problema de la representación excesiva en las cárceles⁹⁰. Por diversas razones, estos nobles principios son difícilmente aplicables.

Como lo mencionó la Corte de Apelaciones de Quebec en la sentencia de *Denis-Damée*, los recursos eficientes no existen. En particular, los recursos para "delincuentes aborígenes son muy escasos"⁹¹. Además, el juez que trabaja en las comunidades aborígenes enfrenta una serie de obstáculos, incluida la dificultad de obtener información de algunas comunidades sobre los programas de sanciones alternativos cuando existen. Además, algunas partes interesadas destacaron la calidad desigual de los informes de *Gladue* y los retrasos en la producción⁹². Finalmente, cuando se impone la pena, los seguimientos son a menudo inadecuados por falta de medios.

En general, dada la falta de recursos, los delincuentes aborígenes canadienses a menudo corren un mayor riesgo de ser encarcelados en lugar de recibir una sentencia alternativa.

Como se menciona en el informe de 2008 de la Corte de Quebec "La justicia en las comunidades aborígenes: hacia una mayor sinergia"⁹³, se requiere una financiación suficiente por parte de los gobiernos, en particular para el apoyo a los comités de justicia integrados por representantes de las comunidades que se involucran en la resolución de conflictos. Esta constatación de falta de financiación fue reiterada el 11 de diciembre de 2018 por los jueces que representan a la Corte de Quebec ante la Comisión de Investigación sobre las Relaciones entre los Pueblos Aborígenes y Ciertos Servicios Públicos en Quebec. También se deben invertir recursos para abordar las causas del problema y adoptar medidas preventivas.

Además, es importante escuchar a los Aborígenes que conocen sus comunidades y que son capaces de identificar soluciones que se ajusten a la realidad local. La Comisión de la Verdad y la Reconciliación, después de una extensa consulta, realizó 94 solicitudes, algunas de ellas en materia de justicia destinadas a eliminar la representación excesiva (ej. sanciones comunitarias realistas que brindan alternativas al encarcelamiento;

⁹⁰ *Gladue*, prec., nota 4, párr. 93, punto 3

⁹¹ *Denis-Damée c. R.*, prec., nota 86, párr. 99.

⁹² Comisión de investigación sobre las relaciones entre los aborígenes y determinados servicios públicos en Quebec, audición del 3 de octubre 2018, p. 150. Esta comisión está presidida por el juez Jacques Viens del Tribunal superior.

⁹³ Informe del grupo de trabajo integrado por representantes del Tribunal de Quebec, el Ministerio de justicia, el Director de enjuiciamiento criminal y penal y la Secretaria de asuntos aborígenes, presentado ante el presidente del Tribunal de Quebec, honorable Guy Gagnon, enero 2008.

permitir a los jueces, con fundamentos justificativos, para renunciar a la imposición de sentencias mínimas obligatorias, así como las restricciones en el uso de sentencias de prisión condicional).

Por supuesto, no hay una respuesta milagrosa. Sin embargo, cada pequeño éxito puede generar grandes éxitos. Esto es parte del potencial de remediación del Artículo 718.2 (e) C.P. y *Gladue e Ipeelee* de la Corte Suprema de Canadá. Ahora se trata de tener los medios para estar a la altura de estas ambiciones.

Mientras tanto, los jueces que determinan las sentencias deberán de ser creativos e innovadores⁹⁴.

⁹⁴ R. c. *Iserhoff* et *Coon Come*, prec., nota 89, par. 91.

LA IMPOSICIÓN DE LA PENA EN LOS DELITOS QUE PROTEGEN LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL DE LAS PERSONAS.

José Armando Camacho Yac.

Miembro de la Comunidad Jurídica de Occidente de Quetzaltenango.

Juez de Sentencia.

I. INTRODUCCIÓN.

El presente artículo pretende exponer el problema jurídico de la imposición de la pena en Guatemala, en los fallos de los Tribunales de Sentencia Penal de Delitos de Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer y Violencia Sexual, de las Salas de la Corte de Apelaciones, de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte de Constitucionalidad, en los delitos que protegen la libertad e indemnidad sexual de las personas, los delitos de violación con agravación de la pena y circunstancias especiales de agravación y agresión sexual con agravación de la pena, para ello se relaciona el contenido del artículo 69 del Código Penal, que regula la figura legal del concurso real, del artículo 71 que establece el delito continuado.

Ambas normas jurídicas concurren legalmente para la calificación legal de los hechos acreditados en la sentencia, especialmente cuando el Ministerio Público acusa por más de un hecho, se cita un ejemplo de cinco hechos, la aplicación del concurso real, incide, tiene valor y efecto decisivo en la imposición de penas de larga duración, desproporcionadas e injustas, mientras que la aplicación del delito continuado genera la aplicación de penas humanas, justas y proporcionadas, se desarrolla el análisis de dos sentencias de casación que contienen el precedente y sus fundamentos, que sustenta la aplicación del concurso real en lugar del delito continuado, se mencionan dos fallos de la Corte de Constitucionalidad, uno relacionado al concurso real y delito continuado, el otro relacionado al análisis de los fines de la pena, se estudian sus fines, por medio de las distintas teorías de la misma, en base a la normativa convencional y constitucional,

para concluir sobre qué norma jurídica es la que más se ajusta para la imposición de la pena en la sentencia, entre el concurso real y delito continuado.

II. GENERALIDADES.

Se inicia el análisis del problema jurídico, la aplicación de la ley sustantiva penal en la imposición de la pena en Guatemala, en los delitos de violación con agravación de la pena y circunstancias especiales de agravación y agresión sexual con agravación de la pena, en distintos casos el Ministerio Público formula acusación por dos o más hechos, cuando el escrito contiene un solo hecho no se genera ningún problema; la pena en su mínimo y máximo está determinada, de acuerdo al caso concreto, se debe imponer la pena que corresponda, entre ocho a doce años de prisión incommutables, para el delito de violación, regulado en el artículo 173 del Código Penal (Sarti, 2013). Reformado por el artículo 28 del decreto 9-2009 del Congreso de la República, Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, (Guatemala, 2009) que debe incluir en su caso la agravación de la pena, establecida por el número de sujetos activos del delito, por la vulnerabilidad de la víctima, por la utilización de armas, sustancias alcohólicas, narcóticas, estupefacientes, sustancias que lesionen gravemente la salud del sujeto pasivo, alteren su capacidad volitiva, por el estado de embarazo de la víctima, cuando se produzca el embarazo como consecuencia del delito, por el parentesco del sujeto activo del delito con la víctima, sea el responsable de su educación, guarda, custodia, cuidado, tutela, sea el cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente de la víctima o de uno de sus parientes dentro de los grados de ley, en todos estos casos la pena a imponer por los delitos de violación, incluidos los de agresión sexual se debe aumentar en dos terceras partes, aumento de la pena contenido en el artículo 174 del Código Penal, artículo reformado por el artículo 30 del decreto relacionado, (Guatemala, 2009); es obvio que el aumento se hace por la concurrencia de cualquiera de esas circunstancias en el hecho acreditado.

Pero además, el legislador consideró necesario regular circunstancias especiales de agravación de la pena por la edad de la víctima, contenidas en el artículo 195 quinquies del mismo Código, adicionado por el mismo decreto que lo reformó, la pena para el delito de violación y otros delitos se debe aumentar en dos terceras partes si la víctima es menor de dieciocho y mayor de catorce años de edad, en tres cuartas partes si la víctima es persona menor de catorce años y con el doble de la pena si la víctima es persona

menor de diez años de edad; para la imposición de la pena, en los casos formulados por un hecho contra el acusado no representa ningún problema, conforme a la regulación descrita se impone la pena en base a los requisitos del artículo 65, cuando proceda se pueden aplicar las circunstancias agravantes genéricas contenidas en el artículo 27 o las circunstancias atenuantes reguladas en el artículo 26, todos del código penal (Sarti, 2013).

El problema surge cuando se acusa por más de un hecho, en casos concretos se plantean acusaciones por dos, tres, cuatro o cinco hechos, calificados como delito de violación con agravación de la pena y circunstancias especiales de agravación, hechos que se juzgan en el debate, al agotarse su desarrollo, en los alegatos de cierre, es una práctica reiterada de los fiscales del Ministerio Público, solicitar la aplicación de la pena por los hechos demostrados en concurso real de delitos, regulado en el artículo 69 del Código Penal, que establece que al responsable de dos o más delitos, se le imponen todas las penas que corresponden a las infracciones cometidas, para que las cumpla sucesivamente, se inicia con las más graves, el conjunto de las penas de la misma especie no puede exceder el triple de la de mayor duración, si todas tienen igual duración, no puede exceder del triple de la pena, este máximo sin embargo, en ningún caso puede ser superior a cincuenta años de prisión, en la aplicación práctica de las penas de la misma especie que no pueden exceder del triple de la de mayor duración, las penas de igual duración que no pueden exceder del triple de la pena, ambos requisitos no se cumplen.

En la mayoría de Tribunales de Sentencia Penal de Delitos de Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer y Violencia Sexual de la República, la pena se impone conforme al siguiente ejemplo, si al pronunciarse sentencia, un acusado es responsable como autor del delito violación con agravación de la pena y circunstancias especiales de agravación por cinco hechos, en los que es víctima la hija del acusado, una niña de ocho años de edad, en base a la regulación descrita, si se impone la pena mínima de ocho años de prisión, la pena se debe aumentar dos terceras partes, por el parentesco del acusado con la víctima (es su hija); por la edad de ocho años, se debe aumentar el doble de la pena mínima de ocho años de prisión, la víctima en este caso es menor de diez años de edad, por disposición expresa de los artículos 62 y 66 del código penal, la pena se debe imponer al autor del delito consumado, cuando la ley dispone el aumento o disminución de una pena en una cuota o fracción determinada, se aumenta el máximo

y mínimo en la proporción correspondiente, o se disminuye en su caso, de esa manera queda fijada la nueva pena, límites dentro de los cuales se gradúa su aplicación.

Elaborado el computo respectivo, corresponde la imposición de ocho años de prisión como pena mínima, más cinco años y cuatro meses por la agravación de la pena, más el aumento de ocho años de prisión por el doble de la pena, por las circunstancias especiales de agravación, los que suman un total de veintiún años y cuatro meses de prisión, pena que corresponde por un solo hecho; en el ejemplo se mencionó que el acusado fue hallado responsable de cinco hechos, el problema que se presenta en el caso que se ejemplifica, es que de acuerdo a la aplicación de la pena que hacen en la actualidad los referidos Tribunales de Sentencia Penal, en casos como este, la pena se impone irrespetando las reglas descritas, imponen la pena que le corresponde a cada hecho acreditado, es decir, como se ilustra con el ejemplo, por cada hecho probado se impone la pena de veintiún años y cuatro meses de prisión, multiplicado por cinco hechos, se impone una pena total de ciento seis años y ocho meses de prisión. La imposición de una pena de prisión como la descrita, hace necesario y obligatorio el análisis de la pena como consecuencia del delito, para establecer y concluir, si esa forma de imposición de la pena, responde a sus fines, desarrollado en el curso de la historia del Derecho Penal por medio de sus distintas teorías, si es congruente al contenido de las Convenciones Internacionales en materia de Derechos Humanos, a la Constitución Política de la República y a otras normas del Código Penal.

Frente a esa forma de imposición de la pena, diversos Tribunales de Sentencia Penal, de los mencionados, aplican la figura legal del delito continuado, que incide y tiene valor decisivo en la parte resolutive de la sentencia en forma directa en el monto de la pena, regulada en el artículo 71 del Código Penal; conforme a esta norma se entiende que hay delito continuado, cuando varias acciones u omisiones se cometan en las mismas circunstancias, con un mismo propósito o resolución criminal, con violación de normas que protejan un mismo bien jurídico de la misma o distinta persona, en el mismo o en diferente lugar, en el mismo o distinto momento, con aprovechamiento de la misma situación, se aplica la sanción que corresponda al delito, aumentada en una tercera parte, aplicada esta figura legal en la sentencia para la imposición de la pena, tiene efecto en la cantidad de años de prisión que se le impone al acusado.

En el ejemplo citado, si se califican los cinco hechos acreditados, como delito de violación con agravación de la pena y circunstancias especiales de agravación en forma continuada, al imponerse la pena mínima, le corresponderían ocho años de prisión al acusado, pena que se debe aumentar en una tercera parte por la calificación legal de los hechos como delito continuado, según el computo, son dos años y ocho meses de prisión, más cinco años y cuatro meses por la agravación de la pena, más el aumento de ocho años de prisión por el doble de la pena, por las circunstancias especiales de agravación, los que sumarían veinticuatro años de prisión, frente a los ciento seis años y ocho meses de prisión, que se impondrían, al calificarse los cinco hechos en concurso real.

Sin embargo la aplicación de la figura del delito continuado, no es compartida por la mayoría de Salas de la Corte de Apelaciones, que conocen y resuelven en segunda instancia el recurso de apelación especial por motivo de fondo. En un proceso al calificarse cinco hechos como los citados, como delito continuado, generalmente la Sala de Apelaciones que conoce y resuelve el recurso de apelación especial por motivo de fondo, acoge el recurso interpuesto por el Ministerio Público, con base en la inobservancia del artículo 69 (concurso real) del Código Penal, como efecto revoca el numeral respectivo de la parte resolutive de la sentencia impugnada, al resolver el caso en definitiva, dicta la sentencia que corresponde, califica los hechos, le impone la pena al acusado, en concurso real de delitos, como en el caso mencionado, que sumarían ciento seis años y ocho meses de prisión, es evidente, que entre una pena y otra -106 años y ochos meses de prisión- y -24 años- hay una diferencia abismal. Es necesario entonces, el estudio y análisis de la selección y aplicación de la norma jurídica sustantiva penal que hacen esos órganos jurisdiccionales, para calificar en forma adecuada y correcta los hechos, como los descritos, actividad judicial que genera una consecuencia directa para el acusado, tiene influencia decisiva en la parte resolutive de la sentencia en la imposición de la pena.

Los fallos emitidos en los procesos, como el citado en el ejemplo, por los Tribunales de Sentencia Penal de Delitos de Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer y Violencia Sexual, son impugnables como se explicó por medio del recurso de apelación especial por motivo de fondo, las sentencias que emiten las Salas de la Corte de

Apelaciones que resuelven ese recurso, son impugnables por medio del recurso de casación por motivo de fondo, del que conoce y resuelve Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia; con la interposición de esos recursos, apelación especial y casación, se ha discutido, tanto por el Ministerio Público, como por los abogados defensores, la procedencia y aplicación o no, de las figuras legales, del concurso real y delito continuado, Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en distintos fallos sobre el tema, a partir de la sentencia de casación de fecha cuatro de octubre de dos mil diez, en el expediente número 533-2008, (Sentencia de Casación, 2010) en la que consolidó el siguiente precedente. *Es inaplicable la figura del delito continuado en los tipos penales que tutelan bienes jurídicos personalísimos, dentro de los que se comprenden la libertad y seguridad sexual. En efecto, cuando la libertad y seguridad sexual de la misma o de diversas personas, es vulnerada en distintos episodios, los delitos cometidos han de ser considerados en concurso real.*

Para emitir su fallo consideró: *“Esta Cámara es del criterio que la interpretación de los preceptos que incorpora el artículo 71 precitado, debe hacerse con más cuidado, cuando los bienes jurídicos vulnerados son de naturaleza personalísima, como ocurre en el presente caso, en que se trata de la libertad y la seguridad sexual de tres mujeres. III) El “delito continuado”, es una creación de la dogmática jurídico penal, por virtud de la cual, tantos hechos que por sí solos constituyen igual número de delitos, tienen un nexo de continuidad, forman parte de un proceso unitario y en los mismos existe una unidad objetiva y/o subjetiva; razón por la cual se sancionan como un solo delito cometido, con la pena que corresponde aumentada en una tercera parte. La doctrina indica que existen tres teorías que explican su naturaleza jurídica: a) la teoría de la ficción, que respaldada en la unidad del designio, pretende únicamente evitar la acumulación de penas; b) la teoría realista, por la cual los actos parciales producen una sola lesión jurídica (unidad objetiva) y responden a un solo designio criminal (unidad subjetiva) y que, el hecho que esa resolución sea en una o varias ocasiones solo afecta los modos de ejecución; y c) la teoría de la realidad jurídica, que justifica al delito continuado y lo admite por razones de utilidad práctica y con independencia de que beneficie al reo (Mir Puig, Santiago [1998], Derecho Penal, Parte General, 5ª. Edición. Editorial Reppertor, S.L. Barcelona, España, Pág. 665).*

Esta “construcción del Derecho”, ha sido aceptada en distintos países con ciertos criterios de reserva en los casos en que los bienes jurídicos transgredidos son de naturaleza personal. Así, la legislación penal española en su artículo 74.3 requiere que los hechos delictivos no constituyan “... ofensas a bienes eminentemente personales...” y que cuando se atente contra el honor y la libertad sexual se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva (Mir Puig, Santiago. Op. Cit. Pág. 664); la legislación penal costarricense considera la aplicación de esta figura solamente cuando los bienes jurídicos vulnerados sean de naturaleza patrimonial, con exclusión taxativa por la vía jurisprudencial de delitos que afectan bienes personalísimos; y por su parte, la legislación guatemalteca, por la vía jurisprudencial ha encontrado la interpretación a este respecto, desde la sentencia emitida por la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, el once de marzo de mil novecientos ochenta y dos, en la que estableció que “La ficción jurídica del delito continuado, por la naturaleza del bien jurídico tutelado, nunca puede darse en los delitos contra la vida y la integridad física de las personas”; criterio que a lo largo de los años ha sido reiterado en distintos fallos de Salas de Apelaciones, como es el caso de la sentencia que motiva al presente recurso de casación, en los cuales se hace extensivo el criterio de exclusión, hacia los tipos penales que tutelan bienes jurídicos personalísimos in genere.

IV) La Cámara Penal, es proclive hacia la jurisprudencia establecida en las salas de apelaciones, y en ese sentido, debe actualizar el criterio contenido en el fallo de casación recién citado del año mil novecientos ochenta y dos. Lo anterior en virtud de las siguientes razones: a) Según el criterio doctrinario expuesto con anterioridad, el delito continuado se aplica en los casos en que se establece la reiteración de acciones u omisiones que encaminadas hacia un mismo propósito o resolución criminal (lo que implica que predomine el sustrato óntico del factor final), afecten el mismo bien jurídico de la misma o distinta persona, en el mismo o distinto lugar, en la misma o distintas oportunidades y bajo la misma o distintas situaciones de gravedad. b) Una lectura superficial del artículo 71 del Código Penal, permitiría hacer aplicable la figura del delito continuado indistintamente de la naturaleza del bien jurídico que se vulnera, al extremo de correr el riesgo de hacerla extensiva a los tipos penales que protegen bienes jurídicos personales. Sin embargo, estos últimos precisan ser excluidos de tal tratamiento, debido

principalmente, a que la comisión de esta clase de delitos transgrede de una vez y en su totalidad al bien jurídico que protegen, lo cual no ocurre en delitos como los patrimoniales, en que varias acciones u omisiones pueden afectar parcialmente (atendiendo a la teoría recién citada de la realidad) el bien jurídico del sujeto pasivo. Ejemplo de esto último es el famoso caso del cajero de una empresa que sustrae diariamente una determinada cantidad de dinero.

En dicho caso, las continuas acciones cometidas serán proporcionales al número de ocasiones que el cajero sustraiga el dinero de la empresa; lo cual implica que se vulnere el mismo patrimonio del sujeto pasivo; es decir, que las distintas afectaciones se dan con respecto a un mismo bien jurídico tutelado por la normativa penal. La aplicación del delito continuado será viable en este caso, toda vez: a) existe un mismo propósito o resolución criminal (dado que la continuación en sus acciones representan un mismo plan a seguir, de ahí que se conduzcan hacia la “misma finalidad”), b) siempre se vulnera la norma que protege el mismo bien jurídico (como lo es el patrimonio de la empresa, el cual por su naturaleza es único y por ende siempre será el mismo), c) puede ser en el mismo lugar, d) puede haber una serie consecutiva de acciones (consistentes en las distintas sustracciones de dinero), y e) puede ocurrir el delito en las mismas condiciones, o por el contrario puede haber mayor gravedad (como cuando tiene que burlar más medidas de seguridad).

Empero, esta teoría no puede ser aplicada cuando los tipos penales aplicables protegen bienes jurídicos personalísimos, ya que en dichos casos, la afectación que se comete es única e irrepetible; es decir, que al vulnerar la libertad sexual de una persona (como ocurre en el caso de la violación), esa afectación no puede volver a ocurrir, toda vez la libertad sexual constituye una determinación personalísima que se tutela por la ley penal tantas veces la persona quiera o no acceder a la relación sexual; y asimismo, porque el factor final que consiste en el interés lúbrico por cada evento sexual, por naturaleza es temporal. Es decir, que en casos como la violación, el propósito o resolución criminal se encamina hacia la satisfacción del episodio sexual por parte del sujeto activo, por lo que una vez ocurrida la inmiso, se habrá consumado o perfeccionado en su totalidad el delito, lo que implicará que el mismo esté perfectamente acabado. Similar situación ocurre en tipos penales como el homicidio, en que por

naturaleza, la privación del bien jurídico denominado vida, es único e irrepetible y por eso su comisión debe interpretarse de igual forma, como perfectamente acabada.

Por lo anterior, delitos como la violación o los abusos deshonestos violentos, nunca pueden tener asidero en el artículo 71 del Código Penal, toda vez, como se reitera, el “... mismo propósito o resolución criminal...” no ocurre en el presente caso, dado que la satisfacción del episodio sexual por parte del sujeto activo es única y temporal, y “... el mismo bien jurídico de la misma o de distinta persona...”, no puede ser repetido, toda vez la persona física es tutelada en su determinación de acceder o no a la relación sexual, tantas veces sea necesario; por eso cuando se vulnera esa “libertad y seguridad sexuales”, se entiende que el delito, respecto a ese momento de libre determinación, se encuentra perfeccionado o consumado en su totalidad y por ende, debe ser tratado en forma independiente a los que ocurran en siguientes coitos.

Se colige entonces que no puede afectarse dos o más veces la misma libertad sexual dado que ésta es circunstancial, y por ello el bien jurídico no puede ser “... el mismo...” como lo requiere el artículo 71 Ibid. Es decir que en casos como el que aquí se analiza, no pueden haber varios actos parciales que produzcan una sola lesión jurídica (unidad objetiva) y respondan a un solo designio criminal (unidad subjetiva); dado que, como ha sido expuesto, una sola acción da por consumado y perfeccionado el delito, y el designio lo es, para satisfacer un interés lúbrico por naturaleza de carácter temporal. Ahora bien, el concurso real sí es aplicable al presente caso, toda vez este ocurre cuando coinciden en un mismo proceso, varios delitos autónomos, particulares e independientes.

En ese sentido, cada “acción”, constituirá per se un delito que debe ser considerado en forma separada de otros que se estudian en el mismo proceso penal. En ese sentido se pronuncia Zaffaroni, cuando estima que “... en el fondo, no pasa de ser la concurrencia de varios delitos en un único proceso...”, V) El análisis anterior se aplica al caso del señor (...) por las siguientes razones: a) Ante el Tribunal Undécimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Guatemala, se acreditaron los hechos que fueron calificados por el ad quem de la siguiente manera y en concurso real: i) abusos deshonestos violentos contra la libertad y la seguridad sexuales de (...), ii) violación en forma continuada contra la libertad y seguridad sexuales de (...), y iii) violación y abusos deshonestos violentos contra la

libertad y seguridad sexuales de (...). b) De conformidad con los razonamientos expuestos líneas tras anteriores, debe interpretarse que el señor Prado Díaz vulneró en distintas ocasiones la libertad y seguridad sexual de tres distintas mujeres, lo que necesariamente implica que no exista identidad en los bienes jurídicos que importan a tales personas.

El hecho que el sujeto activo haya realizado los actos idóneos para consumir la satisfacción de sus intereses lúbricos individualmente considerados respecto de tres distintas mujeres, excluye toda posibilidad de considerarlos como: i) acciones encaminadas hacia un “mismo propósito o resolución criminal”, toda vez se trata de tres distintas sujetas pasivas en distintos momentos; lo que implica que no haya relación, mucho menos continuidad entre sí; y a su vez, ii) no se puede tratar del “mismo bien jurídico”, toda vez cada agraviada tiene en sentido concreto, una libertad sexual que hace valer y por ende se le tutela por ley, cada vez que desea o no tener una relación sexual. Por ello, las violaciones cometidas, tampoco pueden ser consideradas como actos parciales con identidad entre sí, ya que de conformidad con los hechos acreditado por el a quo, se establece que cada uno de los delitos fue perfectamente consumado, lo que conlleva a su necesario análisis en concurso real de delitos. El precedente y sus argumentos, es utilizada por los Tribunales de Sentencia y Salas de la Corte de Apelaciones para fundamentar sus fallos, en los que aplican la figura legal del concurso real de delitos, frente a la alternativa de aplicación de la figura legal del delito continuado.

El precedente y sus fundamentos ha sido objeto de análisis por la Corte de Constitucionalidad, máximo tribunal constitucional en Guatemala, que conoce de las acciones constitucionales de amparo en única instancia promovidas contra sentencias de casación de Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia; en el proceso de amparo se ha discutido la aplicación de la figura legal del delito continuado, como el caso del expediente 2419-2018, (Amparo en Única Instancia, 2018) amparo en única instancia, en ese caso el Tribunal de Sentencia condenó al acusado por el delito de agresión sexual en forma continuada, contra esa decisión el Ministerio Público interpuso recurso de apelación especial por motivo de fondo ante la Sala de la Corte de Apelaciones correspondiente, que no acogió dicho recurso, en virtud de lo resuelto, el ente fiscal instó recurso de casación por motivos de fondo ante la Corte Suprema de Justicia,

Cámara Penal, autoridad cuestionada en el proceso de amparo, quien lo declaró parcialmente procedente, como consecuencia casó parcialmente la sentencia recurrida, declaró al acusado responsable penalmente de dos delitos de agresión sexual en concurso real, le impuso cinco años de prisión por cada delito, aumentado en un año cada uno, por la agravante de menosprecio del lugar, que sumaron doce años de prisión, la Corte de Constitucionalidad al sostener y avalar el precedente sentada por la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, resolvió denegar el amparo solicitado por el sentenciado contra la autoridad cuestionada, ese precedente es el que “obliga” a los Tribunales de Sentencia y a las Salas de la Corte de Apelaciones, a la aplicación del concurso real de delitos, en lugar del delito continuado; no obstante que el Código Procesal Penal no regula la obligatoriedad para los demás Tribunales de la aplicación del precedente que sienta y desarrolla la Cámara Penal, al emitir sentencias de casación, como lo hacía el código procesal abrogado.

En relación a la formación de doctrina legal en materia de amparo, es la ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad la que regula que la interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. En relación al tema objeto de estudio, la existencia de tres fallos de la Corte de Constitucionalidad en el mismo sentido, que avalen y consientan la aplicación de esa doctrina legal, obliga a todos los órganos jurisdiccionales ordinarios descritos, a su aplicación, para la calificación legal de hechos acreditados, como los ejemplificados, en concurso real y no como delito continuado.

Frente a esa mayoría, diversos órganos jurisdiccionales que sin desconocer, el referido precedente sentado por Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, sostenida por la Corte de Constitucionalidad, aplican en sus fallos la figura legal de delito continuado, para ello, fundamentan sus fallos en la correcta selección de la norma más adecuada para la calificación legal de los hechos acreditados, como en el ejemplo citado -cinco hechos- que tiene valor decisivo en la parte resolutive de la sentencia en la imposición de la pena, entre el concurso real de delitos y la figura legal del delito continuado, decisión que fundamentan en los fines de la pena, desarrollado por sus distintas teorías, en el contenido de las Convenciones Internacionales en materia de Derechos Humanos y en la Constitución Política de la República, para la imposición de

una pena justa y proporcionada, lo que hace necesario el análisis de esos instrumentos internacionales.

En el Sistema Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (Unidas, 1966) en relación a la pena establece que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados, en el sistema interamericano de derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (Americanos, 1969) en similar sentido, respecto a la finalidad de las penas y su humanidad establece, nadie deber ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados. La Constitución Política de la República, (Constituyente, 1985) sigue la regulación de las Convenciones Internacionales, establece que el sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos, deben ser tratados como seres humanos, no deben ser discriminados por motivo alguno, ni podrán infligírseles tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad, o hacérseles víctimas de exacciones, ni ser sometidos a experimentos científicos.

Ese artículo ha sido objeto de análisis por la Corte de Constitucionalidad, en la sentencia de fecha catorce de marzo de dos mil quince, en el expediente número 5214-2015, (Expediente, 2015) donde consideró: “[...] *el precepto supremo citado, al referirse al sistema penitenciario, dispone que debe dirigirse a la ‘readaptación social y a la reeducación’. Estos fines concretos son, en esencia, los principios rectores que en el sistema jurídico nacional han de regir el ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado; de esa cuenta, tanto en su configuración abstracta (a cargo del legislador), como en su aplicación y ejecución en caso concreto (a cargo de los jueces ordinario [...], en especial quienes están a cargo de la fase de ejecución), la pena, como consecuencia jurídica sobreviniente ante la comisión de una conducta prohibida, debe perseguir como fin último la resocialización de quien ha cometido el ilícito, buscando impedir que*

*incurra nuevamente en la conducta sancionada (prevención especial positiva). Así en el marco de un sistema penal democrático, en el que la persona humana se concibe como ‘sujeto y fin del orden social’ (Preámbulo del texto supremo), las penas deben dirigirse a conseguir el fin constitucionalmente previsto [...]”.***Gaceta 119. Expediente 5214-2015.**

Fecha de sentencia: 14/03/2016. Conforme al planteamiento del problema desarrollado en este trabajo, es necesario determinar si el precedente sostenido por Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, que sustenta la aplicación del concurso real de delitos, frente a la alternativa legal de aplicación del delito continuado en la calificación de los hechos acreditados en la sentencia, cuando el ente fiscal formula acusación contra una persona por varios hechos, por la comisión de los delitos de violación con agravación de la pena y circunstancias especiales de agravación o agresión sexual con agravación de la pena, se ajusta a los fines de la pena contenidos en la normativa convencional y constitucional referidas, como efecto, si la calificación de esos hechos en concurso real de delitos que hacen los Tribunales de Sentencia, en base a ese precedente, tiene efectos decisivos en la imposición de la pena. Para ello es necesario entonces, el análisis de las teorías de la pena, para determinar si la aplicación del precedente citado responde a esos fines, en la imposición de la pena en Guatemala.

III. ANÁLISIS DE LAS TEORÍAS DE LA PENA.

El principio de la retribución penal, se expresa por la máxima nulla poena sine crimine, la pena según este principio, es una sanción infligida, es aplicable cuando se haya cometido un delito, que constituye su causa o condición necesaria y del que se configura como efecto o consecuencia jurídica. Se trata del principio de retribución o del carácter de consecuencia del delito que tiene la pena, que es la primera garantía del derecho penal, expresa no el fin sino justamente el criterio de distribución y de aplicación de las penas. Gracias a él la pena no es un prius, sino un posterius, no una medida preventiva o ante delictum, sino una sanción retributiva o post delictum. (Ferrajoli, Derecho y razón Teoría del Garantismo Penal, 2004).

La teoría de la retribución (teorías de la justicia y de la expiación), ve el sentido de la pena no en la persecución de alguna finalidad socialmente útil, sino que, por medio de la imposición de un mal, la culpabilidad que el autor carga sobre sí mismo como consecuencia de su hecho es retribuida, compensada, expiada en forma justa. Se habla aquí de una teoría “absoluta” porque para esta teoría el sentido de la pena es

independiente de su efecto social, se “suelta” de él. La teoría de la retribución hoy ya no es sostenible científicamente, la misión del derecho penal consiste en la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de esa tarea, no puede servirse de una pena que prescinda de toda finalidad social. La idea de que se puede compensar o eliminar un mal mediante la imposición de otro mal (el sufrimiento de la pena) sólo es accesible a una creencia a la cual el estado no puede obligar a nadie, a partir de que él ya no deriva su poder de Dios sino del pueblo. Las teorías absolutas de la pena encuentran su fundamento jurídico y su sentido exclusivamente en la retribución. A través de la retribución se hace justicia al culpable de un delito. La pena se libera de toda finalidad y se presenta únicamente como la imposición voluntaria de un mal para compensar la lesión jurídica cometida en forma culpable. Es precisamente la negativa a subordinar la aplicación de la pena a determinados fines concretos la que ha llevado a considerar esta tesis como absoluta. (Claus Roxin, 1993)

Las teorías relativas de la pena, las teorías relativas se oponen completamente a las absolutas. Para ellas la pena no tiene que realizar la justicia en la tierra, sino proteger a la sociedad. La pena no constituye un fin en sí misma, sino un medio de prevención.

La teoría de la prevención general, ve el fin de la pena no en la retribución ni en la actuación sobre el autor, sino en la influencia sobre la generalidad, a la cual se le debe enseñar a través de las amenazas penales y de la ejecución de las penas lo relativo a las prohibiciones legales, y disuadirla de su infracción. Es una teoría que tiene por objetivo la evitación preventiva del delito (y de este modo, de una teoría preventiva y relativa), de acuerdo con la cual, la pena, sin embargo, no debe actuar en forma especial sobre el condenado, sino general, sobre la generalidad. Se habla, por lo tanto, de una teoría de la prevención general. La prevención general, para esta teoría, en su concepción tradicional o negativa, la pena se justifica a partir de una finalidad concreta: disuadir de obrar en forma antijurídica a potenciales autores de hechos punibles. (Claus Roxin, 1993)

La teoría de la prevención especial, la posición extrema contraria a la teoría de la retribución consiste en la concepción de que la misión de la pena es únicamente disuadir al autor de futuros hechos punibles. El fin de la pena es, de acuerdo con esto, la prevención, dirigida al autor individual (especial). Por ello, según esta opinión habla

de “prevención especial” como el fin de la pena. A diferencia de la concepción de la pena retributiva “absoluta”, la teoría de la prevención especial es una teoría “relativa” porque está referida a la finalidad de la evitación del delito (relativo viene del latín *referre*, referirse a). La prevención especial del delito, que se propone influir directamente sobre el autor se denomina prevención especial o individual. En sentido abstracto puede tener lugar por dos vías diferentes: por medio de coacción física, que debe impedir exteriormente que el autor cometa nuevos delitos (negativa), o mediante la remoción de la disposición psíquica que lo conduce a la delincuencia (positiva). (Claus Roxin, 1993)

Teorías mixtas, eclécticas o de la unión, estas teorías tratan de mediar entre las teorías absolutas y las relativas, pero no a través de la simple adición de ideas contrapuestas, sino a través de la reflexión práctica de que la pena en la realidad de su aplicación frente al afectado por ella y frente a su mundo circundante siempre desarrolla la totalidad de sus funciones. Según Claus Roxin, lo que interesa es reunir todos los fines de la pena en una relación equilibrada (método dialéctico), aunque, en caso de antinomias, haya que inclinarse por uno u otro principio. Baumann llama a estas teorías “conciliadoras” y afirma que ellas pretenden armonizar la oposición entre pena no dirigida al fin y pena con miras al fin, exigiendo la pena en el marco de la culpabilidad por el hecho, pero atendiendo a sus fines. Sostiene que desde el punto de vista de la medida de la pena, a estas teorías también se las llama “teorías- margen” porque toman como punto de partida el criterio de que la pena adecuada a la culpabilidad debe dejar un margen determinado en que puedan tenerse en cuenta después los fines de la pena. (Claus Roxin, 1993)

Las teorías retributivas de la unión, que antes eran absolutamente dominantes y que aún hoy continúan siendo determinantes para la jurisprudencia, consisten en una combinación de las concepciones hasta aquí presentadas. Consideran a la retribución y a la prevención general y especial como finalidades de la pena a ser perseguidas en forma conjunta.

La teoría preventiva de la unión:

a) La finalidad de la pena exclusivamente preventiva, el punto de vista de toda teoría de la pena sostenible en la actualidad debe residir en el criterio de que la finalidad de la pena sólo puede ser de tipo preventivo: pues dado que las normas penales sólo

están justificadas cuando tienen por objetivo la protección de la libertad individual y un ordenamiento social tendiente a ella, la pena concreta también debe perseguir sólo esta finalidad, es decir, una finalidad de prevención del delito. De esto resulta, además que la prevención especial y general deben coexistir como finalidades de la pena. Pues dado que los hechos punibles pueden ser evitados tanto mediante la influencia sobre el individuo como sobre la generalidad, ambos instrumentos se subordinan a la finalidad última y son en igual medios legítimos.

b) La renuncia a toda retribución, por el contrario, en una teoría de la unión bien entendida, la retribución no puede entrar en consideración como una finalidad a ser tenida también en cuenta junto con la prevención.

c) El principio de culpabilidad como medio para la limitación de la injerencia, sin perjuicio de renunciar a toda retribución, debe incorporarse un elemento decisivo de la teoría de la retribución, también en la teoría preventiva de la unión: el principio de culpabilidad como medio para la limitación de la pena. La falencia que es propia de todas las teorías preventivas, el hecho de que su punto de partida no contenga los límites al poder penal necesarios en un estado de derecho puede solucionarse de la mejor manera mediante una prohibición de superar la culpabilidad. El principio de culpabilidad tiene por lo tanto, una función liberal, independientemente de toda retribución, y, en favor de la libertad del ciudadano, debe ser conservado también en un derecho penal moderno. (Claus Roxin, 1993)

En seguida es necesario mencionar los principios que rigen la pena, la base o fundamento que sirve de directriz para su creación, interpretación y aplicación en un Estado democrático de derecho, tienen fundamento constitucional en los derechos humanos, regulados en la Constitución y Convenciones Internacionales en materia de Derechos Humanos: Principio de legalidad, determinación, certeza, estrictividad y taxatividad, prohibición de analogía, de proporcionalidad de las penas y de humanidad. Para la comprensión de este trabajo, es necesario explicar el principio de proporcionalidad de las penas, en sentido estricto, obliga a ponderar la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica, el principio tiene dos momentos, cuando el legislador crea la norma debe prever que la sanción sea proporcional a la gravedad de la conducta y al daño causado al bien jurídico tutelado, (Palles, 2012) el

segundo momento, cuando los jueces después de probada la culpabilidad, ponderan la pena a imponer. El principio de humanidad implica evolución aún no concluida, hacia un derecho penal humanitario, que tiene como punto de partida el completo e incondicional respeto a los derechos humanos, cuya base lo constituye la declaración universal de los derechos humanos. El humanitarismo penal implica el reconocimiento de la dignidad humana. Por ese principio no solo se deben excluir las penas crueles, infamantes o inhumanas, sino también las “absolutas”, o sea aquellas que no admiten redención o rehabilitación.

Características de la pena: Es personal, solo se impone a la persona física que ha cometido delito, después de declararlo responsable penalmente; necesaria y suficiente, útil, pronta e ineludible, proporcionada, individualizada, jurídica, pública, judicial, aflictiva y costosa. (Palles, 2012).

Las legitimaciones recientes, la teoría de la integración-prevención, para Jakobs, la función de la pena consiste en confirmar la validez de la norma pensada como modelo de orientación social. El castigo representa la contradicción de la negación de la norma y por su intermedio se pretende fortalecer la estabilidad social y la fidelidad al derecho.

La teoría consensual, Carlos Nino ha desarrollado largamente esta teoría, para Nino es necesario considerar a los individuos como unidades elementales, debiendo tenerse en cuenta el bienestar comparativo de cada uno de ellos para juzgar acerca de la legitimidad o no de las medidas que puedan alterarlo. Afirma: “mi sugerencia es que la pena, en cuanto medida coactiva generalmente gravosa que implica una privación de derechos, puede justificarse, en principio, cuando es un medio necesario y efectivo de protección social y se la distribuye de acuerdo con el consentimiento previo de sus destinatarios.

El garantismo penal como doctrina de justificación: es Luigi Ferrajoli, quien desarrolla esta teoría sosteniendo básicamente que existe una correspondencia biunívoca entre justificación y garantismo penal. El contenido esencial de este trabajo, la imposición de la pena en los delitos que protegen la libertad e indemnidad sexual de las personas, delitos de violación con agravación de la pena y circunstancias especiales de agravación y agresión sexual con agravación de la pena, se precisa en el análisis de

los argumentos que fundan el precedente de Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, para la aplicación del concurso real de delitos, frente a la aplicación del delito continuado, en la calificación legal de los hechos acreditados en la sentencia, cuando se formula acusación contra una persona por más de un hecho cometido por el mismo sujeto activo, contra la misma víctima, en diferentes lugares, en distintos momentos, de la misma gravedad, calificación legal que incide en forma directa y tiene valor decisivo en la parte resolutive de la sentencia en la imposición de la pena. Se desarrolla el análisis con el objeto de llegar a conclusiones en relación a establecer si la imposición de la pena, conforme a lo descrito, se hace en base a las teorías que explican su imposición, conforme al desarrollo internacional de los derechos humanos, plasmados en las Convenciones Internacionales en materia de derechos humanos y en la Constitución Política de la República, o se funda en otros motivos, para ello, se realiza el análisis confrontativo de los argumentos del precedente legal con los fines de la pena ya explicados.

Los argumentos del precedente, en relación al delito continuado se describen así: El primer argumento, relaciona que la legislación penal española en su artículo 743 requiere que los hechos delictivos no constituyan “...*ofensas a bienes eminentemente personales...*” y que cuando se atente contra el honor y la libertad sexual se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva. El segundo argumento, se refiere a que la legislación penal costarricense considera la aplicación de esta figura solamente cuando los bienes jurídicos vulnerados sean de naturaleza patrimonial, con exclusión taxativa por la vía jurisprudencial de delitos que afectan bienes personalísimos; ambos argumentos no son aplicables en el proceso penal guatemalteco, las legislaciones, española y costarricense, sólo son un referente para conocer y entender como han regulado España y Costa Rica, los supuestos de hecho de la figura legal del delito continuado, como legislación penal comparada, pueden orientar su comprensión, pero no inciden en la aplicación o no del delito continuado, son leyes penales extranjeras, conforme al principio de legalidad en materia penal sustantiva, el artículo 71 del código penal contiene y desarrolla los supuestos de hecho por los cuales es aplicable esa figura legal a los casos concretos, se concluye entonces, que esos argumentos no son válidos y legítimos para excluir la

aplicación del delito continuado, en el código penal no hay ninguna prohibición legal para su aplicación frente al concurso real de delitos.

El tercer argumento, señala que la legislación guatemalteca, por la vía jurisprudencial ha encontrado la interpretación a este respecto, desde la sentencia de casación emitida por la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, el once de marzo de mil novecientos ochenta y dos, (Sentencia de Casación, 1982) en la que estableció que “la ficción jurídica del delito continuado, por la naturaleza del bien jurídico tutelado, nunca puede darse en los delitos contra la vida y la integridad física de las personas”; criterio que a lo largo de los años ha sido reiterado en distintos fallos de Salas de Apelaciones, como es el caso de la sentencia que motiva al presente recurso de casación, en los cuales se hace extensivo el criterio de exclusión, hacia los tipos penales que tutelan bienes jurídicos personalísimos in genere, para abordar este argumento es necesario describir que, *“de manera unánime la doctrina acepta que el bien jurídico en el homicidio es la vida humana, misma que se protege de manera plena, independientemente de valoraciones sociales, ya todos los seres humanos, sin distinción, tienen derecho a la vida. La vida humana es el bien jurídico de más alta jerarquía que protege el derecho penal. Es un bien jurídico personalísimo; no obstante, está considerado como un bien no disponible. El estado tiene interés en el respeto absoluto de la vida, por lo cual su tutela es sumamente rigurosa”*. (Mariscal, 2014).

Es cuestión esencial de este análisis, establecer si los bienes jurídicos -libertad e indemnidad sexual de las personas- son bienes jurídicos personalísimos, como el caso de la vida, como lo ha aceptado la doctrina científica del derecho penal, efectuada la revisión y consulta de diversos autores y tratadistas de derecho penal, se concluye que estos bienes jurídicos no son considerados como bienes jurídicos personalísimos, pues ningún autor aceptado, con autoridad y reconocido en la ciencia del derecho penal, ha equiparado estos bienes jurídicos, a la categoría jurídica de bienes de la más alta jerarquía, que protege el derecho penal, como la vida humana en el delito de homicidio, que si es un bien jurídico personalísimo, de la más alta categoría, por lo que es correcto legislar la exclusión de la aplicación de la figura del delito continuado en la imposición de la pena en los delitos que protegen bienes jurídicos personalísimos, como el homicidio doloso, asesinato y parricidio, como se hace en la legislación penal comparada, en España por ejemplo, quedan exceptuadas de la aplicación del delito continuado, las ofensas a

bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo, en estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva, según el artículo 74.3 del código penal español (Código Penal y Legislación Complementaria edición actualizada a 4 de Marzo de 2019, 2019).

Como se indicó la legislación extranjera sólo orienta este análisis, aun cuando no existe prohibición estricta y expresa en nuestro código penal de la aplicación del delito continuado en los delitos que protegen bienes jurídicos personalísimos, político criminalmente no sería razonable, coherente y adecuado socialmente con la protección del bien jurídico de la vida humana, aplicar esta figura, cuando exista continuidad delictiva en un hecho, es decir se prive de la vida a varias personas por un mismo sujeto activo, que tiene su excepción, por ejemplo si se trata de delitos imprudentes como el homicidio culposo, parte del argumento del precedente legal es correcta en relación a esos bienes jurídicos protegidos, lo que no es correcto y hay que resaltarlo, es que por medio de unas líneas de ese argumento, se extendió el criterio de exclusión de la aplicación del delito continuado, hacia los tipos penales que tutelan los bienes jurídicos de la libertad e indemnidad sexual de las personas, la extensión que hace el precedente legal se basó en la interpretación jurisprudencial realizada por Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de fecha once de marzo de mil novecientos ochenta y dos, criterio que según la propia Cámara Penal, a lo largo de los años fue reiterado en distintos fallos de las Salas de la Corte de Apelaciones.

Al examinar ese fallo, se concluye que carece de explicación, es decir de fundamentación científico doctrinaria, en relación a como arribó la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, a la conclusión establecida en el precedente legal que sentó en esa sentencia, utilizado por la misma Cámara en distintas sentencias de casación, como el objeto de estudio, en el único considerando de ese fallo, únicamente se relaciona que es precedente generalizado que la continuidad no se da en los delitos contra la vida y la integridad física de la persona, sin otra explicación o fundamentación, esos antecedentes, solo hacen concluir que ese argumento carece de sustento científico doctrinario y legislativo, en relación a lo último, no existe norma jurídica vigente en el código penal, que prohíba la aplicación del delito continuado, el precedente no tiene

fundamento, sus razones no son legítimas, por lo que no es válida, de acuerdo a lo explicado, en consecuencia es inaplicable a casos concretos.

El cuarto argumento, consiste en considerar que la comisión de los delitos de violación y agresión sexual en las modalidades explicadas, transgrede de una vez y en su totalidad al bien jurídico que protegen, lo cual no ocurre en delitos como los patrimoniales, lo que no es verídico, este argumento está relacionado a la lesividad como categoría de la teoría del delito, para considerar si determinada acción constituye o no delito, es decir si, *el daño causado a terceros, constituyen las razones, los criterios y la medida de las prohibiciones y de las penas*, (Ferrajoli, Derecho y razón Teoría del Garantismo Penal, 2004).

Se lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales, lo que implica que los delitos de violación y agresión sexual pueden ejecutarse en dos modalidades, en grado de tentativa y consumación, el delito es consumado cuando concurren todos los elementos de su tipificación, en este último caso, cuando hay delito consumado, como refiere el argumento del precedente, se transgreden (se lesionan) de una vez y en su totalidad el bien jurídico que protegen, ya sea la libertad o indemnidad sexual de la víctima, en caso sólo sea un delito tentado, se ponen en peligro esos bienes jurídicos protegidos, lo que ya está previsto en el contenido del artículo 71 del código penal, cuando regula que hay delito continuado cuando varias acciones u omisiones se cometan..., es decir se ejecuten, para apreciar entonces la concurrencia del delito continuado, es intrascendente si las acciones u omisiones se ejecutan en grado de tentativa o en forma consumada, de lo que se extrae y concluye que en la modalidad de las formas de ejecución de los delitos de violación y agresión sexual, se lesionan o ponen en peligro esos bienes jurídicos, en caso de consumación de los delitos, se transgreden de una vez y en su totalidad los bienes jurídicos que protegen, lo que ya está regulado en los artículos 13 y 14 del código penal, delito consumado y tentativa, lo que ocurre con todos los delitos regulados en el código penal, por lo que carece de validez y razonabilidad el argumento que fundamenta el precedente relacionado. También carece de validez el argumento, que los delitos de violación con agravación de la pena y circunstancias especiales de agravación y agresión sexual con agravación de la pena, protegen bienes jurídicos personalísimos de las víctimas, como se explicó solo la vida humana es considerada por la doctrina científica del derecho penal, como bien jurídico

personalísimo, no tiene sustento considerar, como lo hace el argumento del precedente analizado, que la afectación que se comete es única e irrepetible, al vulnerar la libertad sexual de una persona, como ocurre en el caso de la violación, esa afectación no puede volver a ocurrir, toda vez, la libertad sexual constituye una determinación personalísima que se tutela por la ley penal tantas veces la persona quiera o no acceder a la relación sexual, el factor final que consiste en el interés lúbrico por cada evento sexual, por naturaleza es temporal, es decir, que en casos como la violación, el propósito o resolución criminal se encamina hacia la satisfacción del episodio sexual por parte del sujeto activo, por lo que una vez ocurrida la inmisió, se habrá consumado o perfeccionado en su totalidad el delito, lo que implicará que el mismo esté perfectamente acabado, se reitera, las formas de ejecución del delito están reguladas legislativamente en el código penal, en el artículo 13, está regulado como delito consumado, formas de ejecución también previstas en el artículo 71 del mismo código, para la concurrencia del delito continuado, pueden concurrir diversidad de acciones consumadas, como se relaciona en el argumento.

Lo que es imprescindible analizar, es la selección correcta de la norma penal aplicable en la sentencia para la fijación de la pena, entre las figuras jurídicas, concurso real de delitos y delito continuado, de acuerdo a los fines del castigo, de la pena en el caso concreto, evidentemente este análisis no se debe hacer en base a los argumentos del fallo analizado, se relaciona en el argumento, similar situación ocurre en tipos penales como el homicidio, en que por naturaleza, la privación del bien jurídico denominado vida es único e irrepetible y por eso su comisión debe interpretarse de igual forma, como perfectamente acabada, por lo anterior en delitos como la violación o los abusos deshonestos violentos, se colige entonces que no puede afectarse dos o más veces la misma libertad sexual, dado que esta es circunstancial y por ello el bien jurídico no puede ser el mismo, nunca pueden tener asidero en el artículo 71 del código penal; carece de razonabilidad esa parte del argumento, solo la vida humana es considerada como bien jurídico personalísimo, finalmente el argumento relaciona, es decir que en casos como el que aquí se analiza, no pueden haber varios actos parciales que produzcan una sola lesión jurídica (unidad objetiva) y respondan a un solo designio criminal (unidad subjetiva); dado que, como ha sido expuesto, una sola acción da por consumado y perfeccionado el delito, y el designio lo es, para satisfacer un interés lúbrico por

naturaleza de carácter temporal. Ahora bien, el concurso real sí es aplicable al presente caso, toda vez este ocurre cuando coinciden en un mismo proceso, varios delitos autónomos, particulares e independientes. En ese sentido, cada “acción”, constituirá per se un delito que debe ser considerado en forma separada de otros que se estudian en el mismo proceso penal. En ese sentido se pronuncia Zaffaroni, cuando estima que “... en el fondo, no pasa de ser la concurrencia de varios delitos en un único proceso...”, en conclusión, el análisis del fallo se centró en las formas de ejecución del delito, tentado y consumado, es decir en la forma de lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos que protegen los delitos analizados, en la forma de agotamiento de los bienes jurídicos.

A partir del año dos mil nueve, la ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas, protege la libertad e indemnidad sexual de las personas. La forma en que se lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos, conforme a la doctrina de la teoría del delito, plasmados en el código penal como formas de ejecución, ya están previstos como elementos objetivos del delito continuado, por estos motivos es aplicable el delito continuado en el caso citado como ejemplo de este trabajo, en los cinco hechos acreditados, calificados como delito de violación con agravación de la pena y circunstancias especiales de agravación, la indemnidad sexual de la niña se lesionó cinco veces, como forma de ejecución del delito, el bien jurídico tutelado o protegido, en esos hechos, hace concurrir la aplicación de los artículos 69 y 71 del código penal, concurso real y delito continuado.

Explicados los motivos por los que carecen de validez los argumentos que motivan el precedente del fallo de casación que fundamenta la aplicación del concurso real de delitos, frente a la aplicación del delito continuado, es necesario analizar la selección de la norma aplicable al caso concreto, de acuerdo a los fines de la pena, conforme a las teorías que la explican, así como a la normativa convencional y constitucional relacionada en este trabajo, según las teorías absolutas, la pena como retribución, no tiene ninguna finalidad, es la imposición de un mal para compensar la lesión jurídica cometida en forma culpable, para el caso analizado, la imposición de la pena no puede basarse en esta teoría.

De acuerdo a la teoría de la prevención general, en su concepción tradicional o negativa, la pena se justifica por una finalidad concreta, no en la retribución, ni en la actuación sobre el autor, sino en la influencia sobre la generalidad, a la que se le debe enseñar a través de las amenazas penales y de la ejecución de las penas lo relativo a las prohibiciones legales, disuadirla de su infracción, la aplicación de la pena en el caso concreto no se puede fundamentar en esta teoría, porque la pena no actúa sobre el condenado.

En la teoría de la prevención especial, negativa y positiva, la pena influye directamente sobre el condenado, la finalidad de la pena es la prevención especial o individual, evitar que se cometan nuevos delitos, o mediante la remoción de la disposición psíquica que lo conduce a la delincuencia. En base a los fines de la pena de esta teoría, se debe aplicar la pena en el caso concreto, la prisión debe actuar sobre el condenado, mediante su coacción física se debe impedir que cometa nuevos delitos, lo que es congruente con los fines convencionales y constitucionales de la pena, la readaptación social y reeducación de los reclusos, se debe tratar al condenado para lograr su reforma, para reeducarlo y readaptarlo a la sociedad.

En relación a las teorías mixtas, eclécticas o de la unión, según Claus Roxin, uno de sus sostenedores, se deben reunir todos los fines de la pena en una relación equilibrada (método dialectico). Baumann afirma que pretenden armonizar la oposición entre pena no dirigida al fin y pena con miras al fin, exigiendo la pena en el marco de la culpabilidad por el hecho, pero atendiendo a sus fines. Desde el punto de vista de la medida de la pena, a estas teorías se les llama, teorías margen, porque toman como punto de partida el criterio de que la pena adecuada a la culpabilidad debe dejar un margen determinado en que puedan tenerse en cuenta después los fines de la pena, esta teoría también es aplicable al caso concreto analizado, es compatible con la teoría de la prevención especial negativa y positiva de la pena, exige la imposición de la pena en el marco de la culpabilidad por las conductas realizadas, pero con atención a sus fines.

Para concluir el análisis, la imposición de la pena en un estado democrático de derecho, se debe fundamentar en la evolución histórica, científica y doctrinaria del derecho penal, en el desarrollo y evolución internacional de los derechos humanos, especialmente a partir de los principios proclamados en la carta de las Naciones Unidas,

en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los principios básicos para el tratamiento de los reclusos, evolución del derecho penal y desarrollo internacional de los derechos humanos, consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Constitución Política de la República, que en esencia regulan la prohibición en la aplicación de la pena en el derecho penal, en los diversos Estados, de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, así mismo regulan la finalidad de su aplicación, es decir los fines de la pena, que deben consistir básicamente en un tratamiento, su finalidad esencial, debe ser la reforma y la readaptación social de los penados, nuestra Constitución sigue la regulación de las Convenciones Internacionales, establece que el sistema penitenciario debe tender a la readaptación social, a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos, los fines de la pena citados con anterioridad, han sido objeto de estudio y análisis por la Corte de Constitucionalidad, como se transcribió líneas atrás, el máximo Tribunal constitucional ha concluido que el artículo 19 constitucional, al referirse al sistema penitenciario, dispone que debe dirigirse a la readaptación social y a la reeducación.

Esos fines concretos son los principios rectores que en el sistema jurídico nacional han de regir el ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, en la configuración abstracta (a cargo del legislador), entiéndase creación de la ley penal por el Congreso de la República, como en su aplicación y ejecución en los casos concretos, a cargo de los jueces de Sentencia y Ejecución Penal, la pena, como consecuencia jurídica del delito, debe perseguir como fin último la resocialización de quien ha cometido el ilícito, se debe impedir que incurra en la comisión de nuevos delitos, teoría de la prevención especial, en el marco de un sistema penal democrático, en el que la persona humana se concibe como sujeto y fin del orden social, según el preámbulo de la Constitución, por lo que las penas deben dirigirse a conseguir el fin constitucionalmente previsto.

Por lo analizado se concluye, que la imposición de la pena que se hace en Guatemala, en casos concretos como el citado en el ejemplo, en cinco hechos acreditados, calificados legalmente como delito de violación con agravación de la pena y circunstancias especiales de agravación con una pena de ciento seis años y ocho meses de prisión, que se basa en el precedente de Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, en relación a que los delitos de violación en sus dos modalidades y agresión sexual con agravación

de la pena, protegen bienes jurídicos personalísimos, lo que no es cierto, por ende se califican los hechos en concurso real de delitos, se excluye la aplicación de la figura jurídica del delito continuado, imposición de la pena que no responde a sus fines constitucionales y convencionales, las penas impuestas en casos, como el citado son solo retributivas, sin ninguna finalidad, tampoco responde a los principios de proporcionalidad y humanidad de la misma.

En relación a la proporcionalidad, el legislador al crear el tipo penal de violación le asignó una pena entre un rango mínimo y máximo, estimó conveniente un aumento de dos terceras partes de ese mínimo y máximo por diversas circunstancias del autor del delito y de la víctima, como agravación de la pena, también consideró conveniente un aumento de dos terceras partes si la víctima es menor de dieciocho y mayor de catorce años de edad, en tres cuartas partes si es menor de catorce años y con el doble de la pena si es menor de diez años, es decir, el legislador agravó la pena por la edad de la víctima, ya previó en las normas jurídicas que las sanciones descritas son proporcionales a la gravedad del acceso carnal, vía vaginal, anal o bucal, la introducción de partes del cuerpo o de objetos por esas vías por el sujeto activo a la víctima y al daño causado al bien jurídico protegido, la libertad o indemnidad sexual.

La pena prevista en la primera etapa de fijación de la pena, no puede ser agravada aún más por los jueces en la fijación judicial de la misma en la sentencia, al calificarse los hechos acreditados, como el citado, en concurso real de delitos, calificación legal que tiene valor decisivo en la cantidad de la pena de prisión que se impone en la sentencia, su correcta aplicación, debe tomar en cuenta que el legislador ya agravó las penas para los delitos de violación y agresión sexual, para que la fijación judicial de la pena sea proporcionada se debe aplicar el delito continuado, que debe incluir la agravación de la pena y las circunstancias especiales de agravación, más el aumento de una tercera parte sobre el mínimo o máximo de la pena a imponer en el caso concreto, como el citado en el ejemplo de este trabajo, realizado el computo respectivo, al autor le corresponderían veintiún años y cuatro meses de prisión inconvertibles, pena que sería proporcional y humana, respetuoso de los derechos humanos del condenado, pero también de la víctima, como sujetos de la tutela judicial efectiva, pena que responda a sus legítimas pretensiones.

Se presenta como solución al problema planteado, la aplicación del delito continuado, en la calificación legal de los hechos acreditados en la sentencia como delitos de violación con agravación de la pena y circunstancias especiales de agravación y agresión sexual con agravación de la pena, calificación legal que incide y tiene valor decisivo en la imposición de la pena, de acuerdo a lo concluido en este trabajo, no se debe aplicar el concurso real de delitos para esa calificación de los hechos, que tiene repercusión negativa en la fijación del monto de la pena de prisión que se aplica en la sentencia, propicia la imposición de penas desproporcionadas e inhumanas a los sentenciados, que no cumplen sus fines y principios, no se ajustan a los derechos humanos reconocidos universalmente.

Por medio del recurso de casación, se debe promover la revisión y sustitución del precedente de Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, relacionada en este trabajo, respecto al concurso real de delitos y delito continuado, para el correcto análisis de la imposición de la pena en los referidos delitos, de acuerdo a las teorías de la pena, sus principios, fines constitucionales y convencionales, que responda a una pena justa, humana y proporcionada.

Por vía del amparo se debe generar también la revisión y el cambio del criterio sustentado por la Corte de Constitucionalidad, por medio del cual avala y sostiene el precedente de la Corte Suprema de Justicia, para ello, se debe argumentar que la imposición de la pena se debe fundamentar en sus fines, en la prevención especial, en el contenido del artículo 19 de la Constitución, en el fallo del tribunal constitucional, en el que analiza los fines de la pena establecidos en el artículo 19 ya citado, sentencia relacionada en este trabajo, para que la imposición de la pena se ajuste a sus fines constitucionales, además se debe argumentar que por vía jurisprudencial, con la formación del precedente de dicha Corte, no se puede derogar el artículo 71 del código penal que regula el delito continuado, aun cuando ese precedente deviene obligatoria para los Tribunales de Sentencia, sin embargo conforme al artículo 2 de la ley del Organismo Judicial, la ley es la fuente del ordenamiento jurídico, la jurisprudencia únicamente la complementará, lo que implica que la Corte de Constitucionalidad no puede convertirse en legislador, no puede legislar con sus fallos, cuando constituyen

doctrina legal, no puede derogar una norma jurídica vigente, el artículo 71 del código penal, contenido del delito continuado, constitucionalmente la función legislativa está asignada al Congreso de la República, la Corte no puede asumir esa función. Las ideas sostenidas en este trabajo son producto del constante estudio y análisis del derecho penal sustantivo y procesal de su autor y los miembros de la Comunidad Jurídica de Occidente, coordinada por el profesor Erick Juárez, quien comparte las principales ideas, que ha transmitido a los Jueces del Organismo Judicial en distintas capacitaciones, este análisis inicia la discusión sobre la imposición de la pena en Guatemala, que debe extenderse sobre el contenido de otras leyes penales.

IV. CONCLUSIONES

- a)** La libertad e indemnidad sexual que protegen los delitos de violación con agravación de la pena y circunstancias especiales de agravación; y agresión sexual con agravación de la pena no son bienes jurídicos personalísimos, solo la vida humana se considera como bien jurídico personalísimo.
- b)** No hay prohibición legal en el código penal para la aplicación de la figura legal del delito continuado, para la individualización de la pena en hechos acreditados en la sentencia, como delitos de violación con agravación de la pena y circunstancias especiales de agravación; y agresión sexual con agravación de la pena, que incide y tiene valor decisivo en la parte resolutoria de la sentencia en la fijación del monto de la pena.
- c)** La figura del delito continuado está vigente, no se puede derogar por medio de la doctrina legal de la Corte de Constitucionalidad.
- d)** No es obligatoria la aplicación del precedente de Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, en relación a la aplicación del concurso real de delitos por lo analizado en este trabajo.

- e) La ley es la fuente del ordenamiento jurídico, la jurisprudencia únicamente la complementa.
- f) La pena como consecuencia de los delitos se debe aplicar en base a sus fines constitucionales, a los establecidos en Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos, a la prevención especial, como teoría de la pena, a los principios, de culpabilidad del autor, proporcionalidad y humanidad de la misma.
- g) Cuando se califican los hechos en concurso real de delitos, (ejemplo citado, cinco hechos) las penas que se imponen son desproporcionadas e inhumanas, al calificarse los mismos como delito continuado, las penas son proporcionadas a la gravedad de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por los delitos de violación con agravación de la pena y circunstancias especiales de agravación; y agresión sexual con agravación de la pena, porque las agravantes específicas ya están previstas por el legislador en las normas jurídicas.

V. BIBLIOGRAFÍA.

Americanos, L. E. (7 al 22 de Noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica.

Amparo en Única Instancia, Expediente 2419-2018 (Corte de Constitucionalidad 7 de Noviembre de 2018).

Claus Roxin, M. B. (1993). *Determinación Judicial de la Pena*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Código Penal y Legislación Complementaria edición actualizada a 4 de Marzo de 2019. (2 de Marzo de 2019). Madrid, España: Boletín Oficial del Estado.

Constituyente, A. N. (31 de Mayo de 1985). Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala, Guatemala: Serviprensa.

Expediente, 5214-2015 (Corte de Constitucionalidad 14 de Marzo de 2015).

Ferrajoli, L. (2004). *Derecho y razón Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, S. A.

Guatemala, C. d. (18 de Febrero de 2009). Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas. Guatemala, Guatemala.

Mariscal, O. I. (2014). *Análisis Lógico de los DELITOS CONTRA LA VIDA*. México: TRILLAS.

- Palles, J. G. (2012). *Teoría Jurídica de la Pena Aplicada al Juicio y su Ejecución*. Guatemala: Cimgra.
- Sarti, R. F. (Abril de 2013). Código Penal. *Concordado y Anotado con la Exposición de Motivos y la Jurisprudencia Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia*. Guatemala, Guatemala: F & G editores.
- Sentencia de Casación (Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia 11 de Marzo de 1982).
- Sentencia de Casación, 533-2008 (Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia 4 de Octubre de 2010).
- Unidas, A. G. (16 de Diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

ALCANCES DEL TRIBUNAL DE ALZADA, AL CONOCER Y RESOLVER EL RECURSO DE APELACIÓN PENAL

Heidy Pamela Delgado Castellanos

Miembro de la Comunidad Jurídica de Occidente, Ciudad de Guatemala

Magistrado de Sala de Corte de Apelaciones

I) INTRODUCCIÓN

El interés por tratar el presente tema surge de la experiencia que he tenido en la magistratura, así como del intercambio de ideas con otros colegas en relación con este tópico; en donde es evidente que no existe un criterio unificado en cuanto a los alcances del recurso de apelación penal en los tribunales de alzada. Dicho sea de paso, este asunto también fue discutido con los distinguidos colegas de la Comunidad Jurídica de Occidente, ciudad de Guatemala, y considero que bien amerita buscar la mejor forma de interpretar tanto la norma, como la doctrina y los criterios jurisprudenciales que existen al respecto

En la práctica, las Salas de las Cortes de Apelaciones del ramo Penal asumen distintos criterios con relación a cómo deben resolverse los recursos de apelación penal “genéricos”; en donde, la mayoría, asumen la jurisdicción de instancia siendo esto lo correcto. Sin embargo, en algunos casos, existe cierto recelo en cuanto a esta temática, no en cuanto a la facultad de confirmar, revocar, reformar o adicionar la decisión que se impugna, sino al momento de emitir la nueva resolución (el pronunciamiento que sustituirá lo recurrido).

El presente artículo tiene por objeto aclarar ciertas aristas del tema y exponer los criterios sustentados por la Corte de Constitucionalidad al respecto del efecto devolutivo o no del recurso de apelación penal.

II) DERECHO DE DEFENSA Y EL DERECHO DE RECURRIR

i. Derecho de defensa

La Constitución Política de la República de Guatemala, originada de la voluntad soberana del pueblo, proclama los derechos inherentes a la dignidad humana, establece un conjunto de competencias para el ejercicio del poder, mismo que se ve delimitado con el fin de garantizar el respeto de estos derechos.

El artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que la defensa de la persona y sus derechos son inviolables; nadie puede ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido; este artículo constitucional consagra **el derecho de defensa** y la garantía del debido proceso.

La Corte de Constitucionalidad ha estimado que esta garantía consiste en que: “El principio jurídico del debido proceso, consagrado en el artículo 12 de la Constitución (...), comprende que las partes puedan hacer valer sus medios de defensa, en la forma y con las solemnidades prescritas en las leyes respectivas; ello implica, el ejercicio del derecho de impugnar las decisiones judiciales que crean han sido dictadas sin apego a derecho y, complementando esa facultad, al impugnante asiste también el derecho a obtener de la autoridad un pronunciamiento que ponga término, del modo más rápido posible, a la situación que se le presenta (...)” *Sentencia de fecha treinta de septiembre de dos mil nueve, expediente 1081-2009*. (Constitucionalidad, Constitución Política de la República de Guatemala con Notas de Jurisprudencia, 2018)

ii. Derecho de recurrir

La Convención Americana de Derechos Humanos, convención por medio de la cual los Estados americanos signatarios reafirmaron su propósito de consolidar, en este continente, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; con fundamento en los atributos de la persona humana, lo que justificó su protección internacional.

El artículo 8 de esta Convención establece que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competentes, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella; tiene derecho a que

se presume su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad y, durante el proceso, goza (entre otras) **de la garantía judicial penal mínima, al derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam* expuso: “La Corte ha considerado el derecho a recurrir el fallo como una de las garantías mínimas que tiene toda persona que es sometida a una investigación y proceso penal. En razón de lo anterior, la Corte ha sido enfática al señalar que el derecho a impugnar el fallo tiene como objetivo principal proteger el derecho de defensa, puesto que otorga la oportunidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión judicial en el evento que haya sido adoptada en un procedimiento viciado y que contenga errores o malas interpretaciones que ocasionarían un perjuicio indebido a los intereses del justiciable, lo que supone que el recurso deba ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Este derecho permite corregir errores o injusticias que puedan haberse cometido en las decisiones de primera instancia, por lo que genera una doble conformidad judicial, otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. En concordancia con lo anterior, a efectos que exista una doble conformidad judicial, la Corte ha indicado que lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la sentencia recurrida...” *Sentencia de 30 de enero de 2014, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, número 276, párrafo 85.* (González)

III) **FACULTAD DE RECURRIR EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL GUATEMALTECA**

El Decreto 51-92 del Congreso de la República, Código Procesal Penal, establece que uno de los fines del proceso es la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido; el establecimiento de la posible participación del sindicado; el pronunciamiento de la sentencia respectiva y la ejecución de la misma. La víctima o el agraviado y el imputado, como sujetos procesales, tienen derecho a la tutela judicial efectiva. El procedimiento, por aplicación del principio del debido proceso, debe responder a las legítimas pretensiones de ambos. El juzgamiento y

decisión de las causas penales se llevará a cabo por jueces imparciales e independientes, sólo sometidos a la Constitución y a la ley. Nadie puede ser juzgado, condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino por los tribunales designados por la ley antes del hecho de la causa. Los sujetos procesales deben acatar las resoluciones del tribunal y sólo podrán impugnarlas por los medios y en la forma establecidos por la ley.

En el libro tercero, contempla lo relativo a las impugnaciones, en donde enuncia los recursos procesales por medio de los cuales las partes que han intervenido en el proceso penal pueden recurrir las resoluciones que consideran les causan algún agravio.

En relación a la facultad de recurrir las resoluciones judiciales, la ley establece ciertas limitantes, siendo éstas:

1. Sólo puede recurrirse por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley.
2. Únicamente podrán recurrir quienes tengan interés directo en el asunto.
3. Cuando proceda en aras de la justicia, el Ministerio Público podrá recurrir en favor del acusado.
4. Las partes civiles recurrirán sólo en lo concerniente a sus intereses.
5. El defensor podrá recurrir autónomamente con relación al acusado.

Al respecto de la interposición de los recursos, establece que para que éstos sean admisibles, deberán ser interpuestos en las condiciones de tiempo y modo que determine la ley.

Si existiese defecto u omisión de forma o de fondo, el tribunal lo hará saber al interponente dándole un plazo de tres días, contados a partir de la notificación al recurrente, para que lo amplíe, o corrija, respectivamente.

IV) **RECURSO DE APELACIÓN Y ALCANCES DEL TRIBUNAL DE ALZADA**

Desde un punto de vista estricto, apelar es: Recurrir al juez o tribunal superior para que revoque una resolución dada por el inferior. (Diccionario de la lengua española - Actualización 2018, 2018)

En el Estado de Derecho, la apelación es connatural al proceso; su régimen debe ser amplio de forma que se limiten al máximo sus restricciones. Al respecto del derecho de impugnación o de doble instancia, el artículo 14.5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos establece que: Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley; es decir, mediante la interposición de recursos.

Sin embargo, es necesario acotar que este derecho de impugnación no es obligatorio. Ramiro Aguilar Torres, citando a Cabrera Acosta indica que: La impugnación no es un deber ni menos una obligación que tienen las partes ante las providencias equivocadas de los jueces. Es una facultad, un derecho que la ley otorga a ellas para enmendar los errores en que los funcionarios hayan incurrido en sus providencias. Y, al no ser obligatoria la apelación, ésta puede ser desistida. (Torres, III)

En lo relativo a la facultad de recurrir, para efectos del presente artículo, haré referencia únicamente al recurso de apelación que la doctrina denomina como “genérica”.

El artículo 404 del Código Procesal Penal establece que son apelables, los autos dictados por los jueces de primera instancia que resuelvan: 1) Los conflictos de competencia; 2) Los impedimentos, excusas y recusaciones; 3) Los que no admitan, denieguen o declaren abandonada la intervención del querellante adhesivo o del actor civil; 4) Los que no admitan o denieguen la intervención del tercero demandado; 5) Los que autoricen la abstención del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público; 6) Los que denieguen la práctica de la prueba anticipada; 7) Los que declaren

la suspensión condicional de la persecución penal; 8) Los que declaren el sobreseimiento o clausura del proceso; 9) Los que declaren la prisión o imposición de medidas sustitutivas y sus modificaciones; 10) Los que denieguen o restrinjan la libertad; 11) Los que fijen término al procedimiento preparatorio; 12) Los que resuelvan excepciones u obstáculos a la persecución penal y civil; y, 13) Los autos en los cuales se declare la falta de mérito. También son apelables con efecto suspensivo los autos definitivos emitidos por el juez de ejecución y los dictados por los jueces de paz relativos al criterio de oportunidad.

El artículo 409 del mismo cuerpo legal regula lo relativo a la competencia, estableciendo que el recurso de apelación permitirá al tribunal de alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los agravios, y permitirá al tribunal confirmar, revocar, reformar o adicionar la resolución.

De la lectura de los artículos citados, deviene procedente afirmar que las decisiones apelables son aquellas que se emiten en las etapas previas al juicio; es decir, que son apelables los asuntos expresamente enumerados en ley y que hayan sido diligenciados en las etapas preparatoria, intermedia e incluso en la etapa previa del debate, por ser éstas las que habilitan su conocimiento por una Sala de Apelaciones y por el efecto devolutivo—uno de los efectos que conlleva la interposición del recurso de apelación—por medio del cual, la Sala asume la jurisdicción del Juez de instancia (únicamente sobre los puntos expresamente impugnados) y dicta la resolución que corresponda y que sustituya la impugnada (de acogerse la pretensión del apelante) o deja incólume la misma.

La Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicio, en diversos fallos, ha advertido que el artículo 409 antes citado faculta al tribunal de alzada para confirmar, revocar, reformar o adicionar la resolución apelada y que en ningún momento le otorga al medio de impugnación un efecto devolutivo para que el tribunal de primer grado emita la resolución correspondiente, sino que en caso de revocar, modificar o adicionarla, es el propio tribunal de alzada el que debe dictar el correspondiente auto resolutivo, acorde con la fundamentación que contiene el mismo. Asimismo, ha manifestado que al no emitir la Sala su propio auto que sustituya al de

primera instancia, sino que ordena al juzgador de primer grado a que lo emita, quebranta las formas del debido proceso y es contrario a la doctrina de la Corte de Constitucionalidad. (Apelación de Sentencia de Amparo, 2017)

La Corte de Constitucionalidad al referirse a la competencia del tribunal de alzada ha señalado: "... de conformidad con lo dispuesto en el artículo 409 del Código Procesal Penal, que establece: " El recurso de apelación permitirá al tribunal de alzada el conocimiento del proceso solo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los agravios, y permitirá al tribunal confirmar, revocar, reformar o adicionar la resolución.", el Tribunal ad quem, al conocer el recurso de apelación (genérica) asume la jurisdicción del a quo, teniendo la facultad de confirmar, revocar, reformar o adicionar la decisión que se impugna, debiendo emitir si correspondiere, el pronunciamiento respectivo en sustitución del recurrido, sin que la ley establezca efecto devolutivo a dicho recurso, como si ocurre, por ejemplo, en la apelación especial por motivo de forma. El criterio señalado, fue sostenido por esta Corte en sentencia de dieciocho de junio de dos mil trece, dentro del expediente seiscientos cincuenta guión dos mil trece (650-2013), en la que consideró: "...el tribunal de alzada al conocer en apelación asume la jurisdicción del inferior al revisar lo resuelto, teniendo la facultad de confirmar, revocar, reformar o adicionar la decisión de su a quo, dentro de los límites que señala el artículo 409 ibídem, debiendo ella hacer el pronunciamiento correspondiente en sustitución de la decisión originaria que motivó su revocatoria, analizando los argumentos expuestos por el impugnante y los medios de convicción presentados, sustentando una tesis que demuestre el por qué de su decisión, cumpliendo con todos los requisitos necesarios para la validez de la resolución que está supliendo..." (Apelación de sentencia de Amparo, 2013)

Por lo anteriormente relacionado, siendo que las Salas, en el ejercicio de las facultades que la ley prevé, al resolver el recurso de apelación regulado en el artículo 404 del Código Procesal Penal, asumen la jurisdicción en el asunto (como un control de garantías), éstas deben emitir el pronunciamiento correspondiente y no, ordenar al a quo que proceda a dictar "la resolución que corresponda" (otorgar con efecto devolutivo al recurso de apelación), pues, como se acotó, corresponde a las Salas de la Corte de Apelaciones fundamentar debidamente las decisiones a las que arribe en sustitución de

la recurrida, debiendo exponer las razones de hecho y de derecho que el caso de conocimiento amerita, realizando un análisis propio de los elementos de convicción que el ente investigador haya presentado y, con base en ello, dictar el auto que corresponda, debiendo también hacer las demás declaraciones que en derecho correspondan.

Al no realizar el pronunciamiento que corresponde en derecho, los tribunales de alzada incurren en falta de motivación fáctica y jurídica y provocan violación al principio jurídico del debido proceso y tutela judicial efectiva; obligando con esto, a que muchas veces los sujetos procesales deban acudir en amparo a solicitar el otorgamiento de la tutela constitucional, a efecto que la autoridad impugnada (sala) dicte nueva resolución con base en lo considerado.

Para confirmar lo antes expuesto, se transcribe un extracto de lo manifestado por la Corte de Constitucionalidad al referirse a los alcances del tribunal de alzada en relación al recurso de apelación “genérica”. La Corte señaló: “(...) que las decisiones apelables concurren en las etapas previas al juicio, es decir conforme a la citada norma en los casos que taxativamente se regulan para asuntos diligenciados en las etapas preparatoria e intermedia y que habilitan el conocimiento para que la Sala de Apelaciones, por el efecto devolutivo que corresponde a la naturaleza del recurso de apelación, asuma la jurisdicción y dicte la resolución que corresponde en sustitución de la impugnada al acoger la pretensión del recurrente. Puede concluirse entonces, que en todos aquellos casos en los que por virtud del conocimiento en alzada del recurso de apelación hecho valer por vía de cualesquiera de los supuestos contenidos en el artículo 404 del Código Procesal Penal, las salas de la Corte de Apelaciones, dictan una nueva resolución en sustitución de la impugnada cuando concurren para ello los supuestos de procedencia y le corresponda declarar con lugar el recurso. (...)”. (Apelación de sentencia de Amparo, 2018)

Sin embargo, hay Salas de Apelaciones (en este período constitucional como en las anteriores) que no obstante revocan las resoluciones impugnadas mediante el recurso de apelación, no emiten un auto propio con el cual reemplacen al de primera instancia; si no que ordenan que sea el juez de primer grado quien sea el que lo emita, dándole un efecto devolutivo a la apelación, mismo que no está preestablecido. Esta

situación es contraria al debido proceso, al principio de imperatividad y a la doctrina de la Corte de Constitucionalidad, en relación a la competencia y efectos del artículo 409 del Código Procesal Penal.

La importancia de que exista un criterio unificado al respecto de los alcances del tribunal de alzada, al conocer y resolver el recurso de apelación penal estudiado, es de suma importancia; toda vez que la correcta aplicación de la norma (artículo 409 del Código Procesal Penal) y la doctrina, tanto de la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad hacen más efectiva la doble instancia, garantizando el principio de debido proceso del impugnante, quien tiene el derecho a obtener del tribunal de alzada un pronunciamiento que ponga término—del modo más rápido posible—a la situación que se le ha presentado.

Lo correcto es (a mi juicio) que, una vez la Sala de Apelaciones haya realizado el razonamiento y fundamentación, en cuanto al acogimiento (en este caso) del recurso de apelación; ésta debe asumir la jurisdicción en el asunto sometido a su conocimiento y, consecuentemente, emitir el fallo correspondiente en la parte resolutive del auto en cuestión.

V) CONCLUSIÓN

El efecto devolutivo de la apelación penal por el cual las Salas de Apelaciones están facultadas para asumir la jurisdicción del juez de instancia, autoriza—sin lugar a dudas—a las Salas de la Corte de Apelaciones a resolver el fondo de los asuntos sometidos a su conocimiento, pudiendo ejercer ampliamente el control de legalidad de los actos que hayan sido estrictamente impugnados.

El estudio del asunto sometido en grado al tribunal de alzada, puede abarcar la revisión tanto de los hechos, pruebas, aplicación o interpretación de las normas; pudiendo confirmar, revocar, reformas o adicionar la decisión del juez de instancia e importante es enfatizar que, asimismo, deberá hacerse el pronunciamiento que corresponda en sustitución de la decisión que fue objeto de apelación.

Es violatorio al principio de imperatividad que las Salas de la Corte de Apelaciones, al conocer la alzada, no asuman la jurisdicción de la instancia al revisar lo resuelto y no hagan el pronunciamiento correspondiente en sustitución de la decisión originaria que motivó el revocar, reformar o adicionar; deben, por tanto, analizarse los argumentos expuestos por el impugnante, los medios de convicción presentados, sustentar la tesis que demuestre el por qué de su decisión; cumpliendo con todos los requisitos necesarios para la validez de la resolución que está sustituyendo y no ordenar que el Juez contralor sea el que emita la resolución. Esta situación no sólo genera lentitud en la impartición de justicia, aumenta innecesariamente la carga laboral del juez de instancia y suscita gastos innecesarios para el justiciable.

DE LAS NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO:

*Lic. Oscar Rolando Alvarado Guevara
Miembro Comunidad Jurídica de Occidente Quetzaltenango
Juez de Sentencia I*

I. INTRODUCCION

La notificación es un acto procesal de comunicación muy importante que se encuentra íntimamente ligado con el derecho de defensa que garantiza la Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 12, esta garantía consiste, entre otros, en la observancia del derecho que tienen las partes procesales de enterarse de las actuaciones judiciales, principalmente el sindicado, procesado o acusado para ejercer el derecho sagrado de defensa. La tecnología electrónica se va innovando cada día a pasos agigantados y muchos países de América Latina la han aprovechado en su legislación para dar a conocer las resoluciones y demás actuaciones jurisdiccionales, dando paso a una administración de justicia pronta y cumplida, desprovista de formalismos innecesarios. Nuestro país no se podía quedar rezagado en el aprovechamiento de la tecnología electrónica en su sistema de citaciones y notificaciones en el proceso penal. Pero en cuanto a las notificaciones electrónicas se hace de una forma tímida, considero porque no se tiene total confianza a ese sistema por falta de costumbre o existe falta de recursos económicos para implementarla totalmente, pues la adhesión al sistema de notificaciones es voluntaria.

Siendo que nuestro sistema adjetivo penal sigue lineamientos de un sistema eminentemente acusatorio adversarial, poco formalista, es que se propone que la adhesión al sistema de notificaciones electrónicas sea obligatoria, reformando el artículo 1 del Decreto 15-2011 del Congreso Nacional, Ley Reguladora de las Notificaciones por

Medios Electrónicos en el Organismo Judicial, esto con el objeto de garantizar legalmente que la justicia sea pronta y cumplida en el proceso penal guatemalteco.

II. CONCEPTO DE NOTIFICACIÓN:

(Noj Morales, 2015), señala que:

El concepto de notificar, etimológicamente proviene del latín notificare, derivado, a su vez, de "notus", que significa conocido y de "facere" que quiere decir hacer. En términos generales es dar aviso, dar noticia o hacer saber del contenido de una demanda, de una resolución, emplazamiento o providencia, escrito o incluso documentos. Es un acto jurídico verbal o escrito realizado, siguiendo las formalidades legales, produce consecuencias jurídicas en los destinatarios de la notificación, que son las partes que intervienen en el proceso. Es una comunicación procesal unilateral, necesaria para garantizar la legalidad del proceso judicial y la seguridad jurídica. Se notifican resoluciones en las que se requiere la presencia de alguna persona para la realización de un acto procesal (audiencia), para la práctica de una diligencia, las que fijan término para que una persona haga, deje de hacer, entregue, firme o manifieste su conformidad o inconformidad con cualquier cosa, en fin es un acto público que produce plena fe mientras no se cuestione su validez.

Considero que la notificación como acto procesal de comunicación se encuentra íntimamente ligada con el derecho de defensa que garantiza la (Constituyente., 1985) Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 12, toda vez, que la defensa de la persona y sus derechos son inviolables. "Nadie puede ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido CITADO, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido" se agrega, en el que se observen las formalidades y garantías esenciales del mismo. Esta garantía consiste en la observancia por parte de los órganos jurisdiccionales de todas las normas implícitas para la tramitación de un juicio, así como el derecho que tienen las partes procesales de

pronunciarse ante los órganos jurisdiccionales para la obtención de la justicia y de realizar ante los mismos todos los actos encaminados a la defensa de sus derechos, después de haber sido comunicados legalmente.

III. TIPOS DE NOTIFICACIONES

Existen distintos tipos de notificaciones que se realizan en un proceso penal, entre ellos tenemos:

- **Notificaciones personales:** Como su nombre lo indica, son las que se realizan personalmente en el órgano jurisdiccional que conoce el caso, leyendo íntegramente la resolución respectiva al notificado o se permitirá que él lea la resolución, se dejará constancia en el expediente o carpeta judicial, llenado los demás requisitos que señala, en nuestro caso, el artículo 166 del Código Procesal Penal, firma del notificado o indicación de que no quiso o no pudo firmar o de que por ignorar hacerlo deja su impresión digital y firma del notificador (equivale a la cédula de notificación). También son notificaciones personales las que se realizan fuera del órgano jurisdiccional personalmente al notificado, ya sea en su casa de habitación, en el lugar señalado para el efecto o en el lugar donde fuere encontrado. Las notificaciones personales que se realicen fuera del tribunal se harán en la misma forma que indica el artículo 166 del Código Procesal Penal. No obstante, si el interesado no estuviere, la cédula de notificación podrá entregarse a cualquier persona mayor de dieciocho años que resida en el inmueble, prefiriéndose a los parientes del interesado o a sus dependientes. Si no se encuentra a nadie la cédula podrá ser entregada a un vecino que acepte la obligación de hacerla llegar inmediatamente al interesado, advirtiéndole de la responsabilidad en que incurre por falta de cumplimiento. Si nada de esto puede lograrse, el notificador fijará la cédula en una de las puertas de la casa, en el lugar más seguro y protegido. El notificador hará constar esas circunstancias en la diligencia.

- **Notificación por estrados:** Cuando la persona que deba ser notificada no haya cumplido con señalar lugar para el efecto o se ignore el lugar donde se encuentre, la resolución se hará saber por los estrados del Tribunal, sin perjuicio de tomar las medidas convenientes para averiguar la residencia de la persona a quien se notifica. Cuando el

tribunal lo considere conveniente ordenará la publicación de edictos en un diario de amplia circulación. (República, 1973), el Código Procesal Penal derogado, señaló en el artículo 255, lo siguiente: “Cuando fuere imposible hacer las notificaciones en cualesquiera de las formas indicadas, se hará por cédula que se fijará en el lugar más visible del tribunal”. Este tipo de notificación por estrados en la práctica procesal penal ya no se realiza, si tomamos en cuenta que en el memorial de demanda o prevención policial que se presenta a un Organismo Jurisdiccional (querrela) es requisito importante consignar el lugar donde reside o puede ser habido o notificado el demandado o sindicado. Recordemos también que en un proceso penal una persona no puede ser juzgada en ausencia en atención al sistema adversarial, es necesario identificar legalmente al demandado o sindicado, pues como lo señala el artículo 163 del Código Procesal Penal (República, 1992) “Al comparecer en el proceso las partes deberán señalar casa o lugar para recibir notificaciones, dentro del perímetro de la población en que tenga su asiento el tribunal”. Además, nadie puede ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido según lo establece nuestra Constitución Política en su artículo 12, garantizando el derecho de defensa, pues es legal que la persona sepa de qué se le está juzgando.

- **Notificación por lectura.** Las resoluciones dictadas durante las audiencias y aquéllas que lo sean inmediatamente después de los debates, serán dadas a conocer por lectura de la resolución en la forma prevista que señala el artículo 169 del Código Procesal Penal. Se puede decir que este es un típico caso de notificación personal, dado que se realiza en el mismo momento de la audiencia, encontrándose las partes procesales presentes en el desarrollo de la misma. El Código Procesal Penal (República, 1992) contempla este tipo de notificación en el artículo 160 que reza, en lo conducente: “Toda decisión jurisdiccional se tendrá por comunicada en el momento de la audiencia oral en que se emita...”. Es puntual señalar que varios estudios del CEJA algunos de ellos escritos por el maestro Erick Juárez Elías Coordinador de la Comunidad Jurídica de Occidente, y así lo ha manifestado en sesiones de estudio: “notificar por escrito o vía electrónica constituye una distorsión de la audiencia, que si retrasa la justicia penal, queda a salvo las primeras notificaciones que deben realizarse a las personas que deben intervenir en el proceso, pero una vez han comparecido a la audiencia, toda resolución

debe resolverse y darse a conocer en la propia audiencia”. Lo que a todas luces agiliza el trámite del proceso penal.

- **Notificaciones por comisión:** Son aquellas que se realizan fuera del municipio donde tiene su asiento el Órgano Jurisdiccional que conoce el caso. Se realiza por medio de exhorto, despacho, suplicatorio o carta rogatoria, dependiendo de la autoridad a la cual se comisiona la práctica de la diligencia. El Código Procesal Penal derogado (República, 1973), en su artículo 256, agregaba: “al cual se adjuntaran la cédula y copias respectivas”, forma de notificación formalista que regula el Código Procesal Penal vigente (República, 1992) en el artículo 161. Este tipo de actuación procesal coadyuva en el retraso del proceso, si tomamos en cuenta el tiempo que se lleva realizar una notificación por este medio que por experiencia personal son diez, quince, veinte, treinta o más días, atendiendo a la distancia y diligencia de la autoridad comisionada, se paraliza el trámite del proceso en tanto se recibe noticia de la notificación.

- **Notificaciones electrónicas:** (Vargas Viancos) señala:

Los sistemas de justicia en América Latina han experimentado enormes transformaciones en los últimos años. Ha habido para ello un conjunto amplio de motivaciones que han desembocado, a su vez, en una diversidad de estrategias y contenidos para esas reformas. Una de esas estrategias en la administración de justicia es el aprovechamiento de la tecnología electrónica que cada día se va innovando a pasos agigantados y muchos países la han aprovechado para dar a conocer las resoluciones y demás actuaciones jurisdiccionales utilizando, entre otros, el teléfono, el correo electrónico u otras formas que facilitan y asegura la realización de la audiencia. Considero que para ello debe imperar la costumbre y buena fue en el sistema de notificaciones electrónicas.

VENTAJAS.

Dentro de las principales ventajas tenemos:

- **RAPIDEZ:** Las notificaciones electrónicas facilitan que un acto procesal se realice de forma inmediata, es mucho más rápida, no necesita que se materialice en papel (cedula de notificación) lo que permite el ahorro de tiempo y conservación del medio ambiente

y recursos naturales al no utilizar papel, basta que se asiente una simple razón en donde se haga constar que la notificación o comunicación se hizo por esa vía para que quede constancia en el expediente. Es una forma de comunicar un acto procesal poco formalista, debiendo imperar la buena fe y confianza en ese sistema de notificación.

SENCILLEZ: Las comunicaciones al realizarse por escrito (oficio de citación o cedula de notificación) conllevan varios requisitos y formalidades, pero al realizarse la notificación y citación electrónicamente, se tiende a ser mucho más simple la comunicación, aunque tenga que cumplirse con los requisitos legales, su forma de cumplimiento será más rápida y sencilla, por ejemplo: las notificaciones y citaciones por teléfono, si bien es cierto, se debe cumplir con requisitos legales, pero con la variante que serán hechas en forma oral, lo que coadyuva a que se haga mucho más rápida la forma de comunicación y por consiguiente la información fluirá de manera eficiente. La oralidad como metodología de trabajo (regulado por los Decretos 18-2010 y 7-2011 del Congreso de la República), pretende que la justicia sea pronta y cumplida, para el efecto se eliminan las notificaciones, porque la resolución se da a conocer en la propia audiencia.

POCO FORMALISTA: El procedimiento de notificación o comunicación electrónica se realiza de forma más diligente y con ello no se pierde su formalidad e importancia, a pesar de no realizarse de forma escrita llena requisitos de ley, las partes al darse por notificados electrónicamente consienten el acto, por lo que normativamente no hay ningún impedimento para que se obligue al uso de ese procedimiento como se propone en el presente trabajo. En las notificaciones y comunicaciones que se realizan electrónicamente no es necesario elaborar un acta, basta con asentar una razón para hacer constar que se hicieron por esa vía, es cuestión de costumbre.

MODERNIDAD: La nueva modalidad para realizar las comunicaciones en el proceso penal va a la vanguardia de la tecnología electrónica, pues las citaciones y convocatorias pueden realizarse por teléfono, correo electrónico u otra forma que facilite y asegure la realización de la audiencia. En nuestro medio cabe resaltar que el artículo 160 del Código Procesal Penal, en su segundo párrafo, deja abierta esa forma de comunicación electrónica, señala: "...u otra forma que facilite y asegure la realización de la audiencia",

el legislador (con mentalidad futurista) dejó abierto el camino, tomando en cuenta que la tecnología electrónica cada día experimenta cambios que facilitan la comunicación.

DESVENTAJAS:

Dentro de las principales desventajas, tenemos:

LIMITACIÓN POR POBREZA: El nuevo tipo de comunicación electrónica, si bien es cierto, ofrece ventajas en una administración de justicia pronta y cumplida, también lo es, que ese sistema de comunicación no puede ser utilizado por todos los usuarios, en nuestro país por ejemplo, no todas las personas principalmente del área rural cuentan con recursos económicos para proveerse de aparatos electrónicos como lo son un teléfono, un fax y en el peor de los casos computadoras con servicio de Internet para poder utilizar la comunicación electrónica, algunos usuarios no tienen instrucción y otros apenas saben leer y escribir. Es una realidad que en muchos lugares recónditos de nuestra bella Guatemala no existe la facilidad para tener acceso a los medios de comunicación electrónicos y esto se da más que todo, en aldeas, caseríos, etcétera, en donde muchas personas por su misma situación económica y poco desarrollo cultural, no tienen medios electrónicos para facilitarles la comunicación y puedan conocer las actuaciones que se suscitan en un órgano jurisdiccional donde se ventila su caso, es un reto que se corre al obligar el uso de las notificaciones electrónicas. A los usuarios relacionados en tanto se facilita la implementación de la comunicación electrónica, pueden ser notificados o citados en el casillero electrónico registrado por el Abogado Defensor o Abogado Director, según proceda, también por medio de un familiar cercano o en el lugar que se le facilite al usuario, él lo indicaría, como ha sucedido en muchos casos con las citaciones por teléfono, los usuarios dan números telefónicos de personas de confianza (familiares, vecinos, amigos, etc.).

CONFUSIÓN: Las partes litigantes en el proceso penal, que es lo que nos ocupa, muchas veces suelen adherirse a este tipo de sistema de comunicación electrónica, pero una de las desventajas que se observa es la confusión que puede darse en cualquier momento al dar el número de teléfono o correo electrónico no correcto, o que sean anotados incorrectamente, lo que genera confusión o problema al momento que el encargado de audiencias del juzgado o tribunal trata de llamar o comunicar una

resolución a cualquiera de las partes del proceso, lo que retrasa el trámite del proceso. En el caso de las notificaciones por correo electrónico es aún más complicado porque al existir infinidad de direcciones electrónicas podría enviarse a otro correo la información o en muchos casos puede suceder que reboten (como comúnmente se conoce) los correos, lo que viene a dificultar que las resoluciones se conozcan por las partes, por ese motivo debe imperar la seguridad y buena fe entre las partes procesales. El auxiliar judicial encargado de las comunicaciones debe ser cuidadoso de registrar correctamente la dirección electrónica señalada por las partes procesales.

FALTA DE RECURSOS ECONÓMICOS: En nuestro medio es conocido por todos, que la partida presupuestaria destinada al sector justicia es limitada, ello es otra desventaja más en el buen funcionamiento del sistema de comunicaciones electrónicas de acuerdo a las nuevas modalidades que se estipulan, pues no todos los órganos jurisdiccionales en Guatemala, por ejemplo, varios Juzgados de Paz y otros de Primera Instancia departamentales no están dotados del equipo electrónico necesario para que en esos órganos jurisdiccionales se pueda implementar en forma total y eficiente el sistema electrónico de notificaciones. No hay recursos económicos y políticas suficientes para capacitar a los auxiliares de la administración de justicia en la gestión de ese modelo de notificaciones electrónicas lo que trae como consecuencia su resistencia al cambio, existe falta de implementación. Al decretarse obligatorio el sistema de notificación electrónica, el Organismo Judicial debe dotar de mecanismos electrónicos a todos los órganos jurisdiccionales del país y por medio de la Escuela de Estudios Judiciales capacitar a los auxiliares judiciales en ese sistema. Lo que también deben hacer las autoridades del Ministerio Público, Defensa Pública Penal y otras Instituciones relacionadas con la administración de justicia penal.

IV. DE LAS NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO:

Nuestro sistema adjetivo penal, con la vigencia del Código Procesal Penal (República, 1992) y sus reformas, sigue lineamientos de un sistema acusatorio adversarial, pero no obstante ello, dejó vigente en gran medida el antiguo sistema de notificaciones escritas que otrora contempló el Código Procesal Penal derogado (República., 1973) lo que ha contribuido en gran manera al retardo en la administración

de justicia dejando a un lado el principio procesal que la justicia debe ser pronta y cumplida. Fue hasta el año dos mil diez que se reformó el artículo 160 del Código Procesal Penal (República, Decreto 18-2010 Reformas al Código Procesal Penal, 2010), que adhirió nuevas formas para dar a conocer las decisiones jurisdiccionales. El artículo 160 del Código Procesal Penal con la reforma quedó así: “Toda decisión jurisdiccional se tendrá por comunicada en el momento de la audiencia oral en que se emite, sin necesidad de acto posterior alguno. Las citaciones y convocatorias a audiencias se podrán realizar de la forma más expedita, sea por teléfono, fax, correo electrónico u otra forma que facilite y asegure la realización de la audiencia”.

Es de hacer notar que el fax ya está en desuso, pero el legislador con mentalidad futurista dejó abierta la forma de comunicación electrónica, atendiendo a los avances que cada día se dan en este medio de comunicación al señalar: “u otra forma que facilite y asegure la realización de la audiencia”, es cuestión que la norma sea interpretada y aplicada por un juzgador con mentalidad poco formalista. Sin embargo en la ley procesal penal se dejó vigente notificaciones escritas, pues el artículo 161 del Código Procesal Penal en lo conducente señala: “Las notificaciones serán practicadas por el oficial notificador o en su defecto, por el secretario. Cuando se deba practicar una notificación fuera de la sede del tribunal, se procederá por medio de exhorto, despacho, suplicatorio o carta rogatoria, según el caso, cuando exceda el perímetro municipal ...”, los artículos 162, 163 y 165 de ese cuerpo legal en lo conducente, señalan: “El Ministerio Público y los defensores podrán ser notificados en sus respectivas oficinas o en el tribunal; las restantes partes en el tribunal y, excepcionalmente, en el lugar señalado por ellas (se entiende oficina, residencia u otro lugar señalado) Al comparecer en el proceso, las partes deberán señalar casa o lugar para recibir notificaciones, dentro del perímetro de la población en que tenga su asiento el tribunal... La notificación se hará entregando al interesado una copia autorizada de la resolución, donde conste la identificación del proceso en que se dictó” (equivale a la cedula de notificación), la norma deja abierta la forma de notificación escrita.

(República, Ley Reguladora de las Notificaciones por Medios Electrónicos en el Organismo Judicial, 2011), en su artículo 1 regula: “La adhesión al sistema de notificaciones electrónicas de las partes, sus abogados e interesados es voluntaria y

deberá ser expresa...”. Se extrae de lo expuesto que no obstante lo avanzado que se encuentra la tecnología electrónica nuestra ley procesal penal todavía contempla las notificaciones escritas, no se quiere salir de ese resabio formalista de antaño y tímidamente se acepta el sistema de notificaciones por medios electrónicos, no obstante que la propia ley señala que las notificaciones realizadas a través de medios electrónicos, tendrán los mismos efectos y validez que las realizadas conforme las normas procesales correspondientes. No se quiere salir del modelo escrito de las notificaciones a que estamos acostumbrados, no se está aprovechando totalmente la tecnología electrónica avanzada, no se toma en cuenta el beneficio que conlleva de acelerar el trámite de los procesos penales despojándolos de todo formalismo innecesario. Se entiende que todavía no se tiene total confianza en el sistema de las notificaciones electrónicas, pues muchos litigantes son reacios al cambio, me refiero a aquellos litigantes acomodados, que no están a la vanguardia de la tecnología electrónica y aquellos que sí lo están desconfían del modelo de notificaciones electrónicas y prefieren el sistema escrito, no desean salir de esa costumbre y uno de los factores que influyen es que la adhesión al nuevo sistema electrónico es voluntario.

El artículo 1 de la referida ley señala en lo conducente: “La adhesión al sistema de notificaciones electrónicas de las partes, sus abogados e interesados es voluntaria y deberá ser expresa, para lo cual el Organismo Judicial elaborará y facilitará los formularios de adhesión respectivos”. Considero necesario se reforme el artículo 1 de ese Decreto, en el sentido que la Adhesión al sistema de notificaciones electrónica de las partes, sus abogados y demás interesados debe ser obligatoria, esta medida va a coadyuvar que el proceso penal guatemalteco entre totalmente al mundo de la tecnología electrónica moderna, dando fluidez a las notificaciones de las actuaciones judiciales y no sean simplemente un obstáculo para la aplicación de la justicia pronta y cumplida.

V. CONCLUSIONES

El sistema escrito de notificaciones que aun contempla nuestra normativa procesal penal vigente, limita en gran medida que las notificaciones de las distintas actuaciones judiciales se realicen de una forma más ágil, lo que no permite que prevalezca el principio procesal de economía y celeridad procesal de las actuaciones judiciales.

Con las reformas realizadas al artículo 160 del Código Procesal Penal mediante el artículo 10 del Decreto 18-2010 del Congreso de la República de Guatemala, a pesar de sus limitaciones, se ha logrado de cierta manera celeridad procesal en las comunicaciones (citaciones) a las partes procesales, de las distintas resoluciones dictadas por los Organos Jurisdiccionales.

Existe falta de capacitación en los auxiliares judiciales del interior de la República en cuanto al procedimiento que debe realizarse de las comunicaciones y notificaciones electrónicas, además no existe implementación adecuada, no se cuenta con el equipo electrónico necesario para cumplir con ese cometido.

Con la adhesión voluntaria al sistema de notificaciones electronicas de las partes procesales, sus abogados y demás interesados, que contempla el artículo 1 del Decreto 15-2011 del Congreso de la República, coadyuva para que muchos de esos sujetos procesales, no se adhieran al sistema de notificaciones electrónicas, prevaleciendo con ello el sistema escrito de notificaciones lo que es un resabio del sistema procesal penal derogado de tinte inquisitivo.

VI. RECOMENDACIONES

Es necesario se reforme el artículo 1 del Decreto 15-2011 del Congreso de la República. Ley Reguladora De Las Notificaciones Por Medios Electrónicos En El Organismo Judicial, en el sentido que debe ser obligatoria la adhesión al sistema de notificaciones electronicas de las partes procesales, sus abogados y demás interesados, para que el proceso penal guatemalteco entre totalmente al mundo de la tecnología electrónica avanzada, dando fluidez a las notificaciones de las actuaciones judiciales y no sean simplemente un obstáculo al proceso penal.

Es necesario capacitar a los auxiliares de justicia de los distintos organos jurisdiccionales del interior de la República, en cuanto al procedimiento que debe realizarse de las comunicaciones y notificaciones electrónicas, además dotarlos del equipo electrónico necesario para que puedan cumplir con su cometido.

VII. REFERENCIAS

Constituyente., A. N. (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*. Guatemala.: Cultural Guatemalteca.

Noj Morales, S. E. (2015). *Análisis Jurídico de la Implementación de la Ley Reguladora de las Notificaciones por medios Electrónicos en el Organismo Judicial*. Guatemala.

República, C. d. (1992). *Código Procesal Penal*. Guatemala: CENADOJ.

República, C. d. (2010). *Decreto 18-2010 Reformas al Código Procesal Penal* . Guatemala: CENADOJ.

República, C. d. (2011). *Ley Reguladora de las Notificaciones por Medios Electrónicos en el Organismo Judicial*. Guatemala: CENADOJ.

República., C. d. (1973). *Código Procesal Penal*. Guatemala.

Vargas Viancos, J. E. (s.f.). *Los Jueces y la Información*.



COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE

**REVISTA DE LA COMUNIDAD
JURÍDICA DE GUATEMALA**

Edición Digital
Año 2 | Semestre 1
Edición: Enero-Julio 2019
Quetzaltenango, 2019



COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE



REVISTA
DE LA COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE

Año 2 | Semestre 1

Edición: Enero - Julio 2019