USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

GUATEMALA
INICIATIVA PARA LOS DERECHOS DE LAS MUJERES

Manual de Estrategias de Defensa con Perspectiva de Género

Manual de Estrategias de Litigio con Enfoque de Género

Las opiniones expresadas por las autoras y el autor de esta publicación, no necesariamente reflejan la opinión de USAID o del Gobierno de los Estados Unidos

GUATEMALA, 2006

Iniciativa WLR/USAID
Eugenia Centeno de Celada, Coordinadora Nacional
Lelia Mooney, Especialista en Género, Derecho y Fortalecimiento
Institucional. Supervisora de la Iniciativa

Revisión de contenidos:
Licda. María Eugenia Solís, Consultora WLR/USAID
Dra. Rebeca González Leche, Consultora WLR/USAID

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala –ICCPG–
Claudia Paz y Paz
Miguel Angel Urbina
Julissa Baldetti

Instituto de la Defensa Pública Penal

Este Manual es propiedad de USAID. Prohibida su reproducción
parcial o total sin previo permiso

Esta publicación fue efectuada gracias al apoyo de la
Agencia Internacional de los Estados Unidos para el Desarrollo (USAID)
a través de la Iniciativa para los Derechos de las Mujeres (WLR)

Iniciativa WLR/USAID
5a. avenida 15-45, zona 10
Edificio Centro Empresarial Torre II
Nivel 11 Oficina 1102
Guatemala, Centro América

ÍNDICE

Presentación 7

Capítulo I
Género y justicia penal 9
Introducción 11
A. Consideraciones generales 13
B. Género y Sexo 18
1. Origen de la categoría género 18
2. Sexo y género 19
3. Teoría de género y perspectiva de género 22
C. Género y Derecho 24
1. La forma en que se interpretan y aplican las normas 24
2. El contenido de las normas jurídicas 29
3. Principio de igualdad 29
D. Violencia de Género 33
1. Definición 33
2. Violencia intrafamiliar 34
3. Violencia sexual 38

Capítulo II
Determinación de la estrategia de defensa 41
Introducción 43
A. Marco de referencia 45
B. Facultades defensivas frente a la importación 46
1. Aspectos normativos de la imputación 46
2. Análisis de la imputación 48
3. Tipo subjetivo 62
C. Culpabilidad 68
D. Facultades defensivas vinculadas a la aplicación de las medidas de coerción 70
1. Principios que rigen para la aplicación de medidas de coerción 70
2. Presupuestos para la aplicación de medidas de coerción 83
3. Clases y características de las medidas de coerción 95
4. Procedimiento para la aplicación de las medidas de coerción 114
5. Medidas de coerción tendientes a la búsqueda de la verdad 119
E. Facultades defensivas vinculadas a la operativización del sistema de garantías 120
1. Juez natural y derecho de defensa 120
2. Juez imparcial y derecho de defensa 121

Glosario 123

Instrumentos internacionales de derechos humanos de las mujeres 125

Bibliografía 127

Anexo I
Ficha de registro en casos de violencia sexual 129

SIGLAS

CADH	Convención Americana de Derechos Humanos.
PIDCyP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
Convención de Belém do Pará	Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.
PBsFA	Principios Básicos sobre la Función de los Abogados.
ILANUD	Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente.
DCM IV TR	Descripción de las enfermedades mentales que hace la Asociación Americana de Psiquiatría

PRESENTACIÓN

Este Manual constituye un instrumento innovador por medio del cual se pretende articular los mejores esfuerzos para una adecuada defensa de las mujeres en conflicto con la ley penal, de tal manera que, en un proceso paulatino, se logre transformar actitudes culturales de frente a este sector que constituye la mayoría de la población guatemalteca, por parte de los funcionarios y funcionarias que ejercen justicia, tanto en materia de persecución, como desde las judicaturas y, sobre todo, desde la defensa.

La transformación de la política criminal del Estado guatemalteco hacia una política respetuosa de los derechos humanos, pasa por la puesta en práctica de criterios esenciales acerca de las condiciones de las mujeres ante el sistema judicial, las cuales demarcan con equidad el tratamiento adecuado a que éstas debieran estar sujetas, dadas sus características y tomando en consideración condicionantes sociales, económicas, culturales y de género que, al no estimarse, las vulneran desde otras múltiples facetas. Estos principios han sido contraídos por parte del Estado, sin embargo, no se han asumido desde la perspectiva de un tratamiento judicial incluyente, integral, que visualice a las personas desde un enfoque humano, equitativo. Es decir, sin sesgos de ninguna naturaleza que dobleguen el esencial principio de la ley de dotar de un tratamiento igualitario, que al mismo tiempo que considera las particularidades propias de las personas sujetas a ella, objetivamente utiliza procedimientos que, precisamente, les colocan en situación de equidad ante la misma.

Aparte de esa primera posición estratégica de la defensa el tratamiento igualitario de la justicia como principio fundamental, existen otros instrumentos y herramientas jurídicos de soporte a éste, que coadyuvan al ejercicio de una defensa efectiva, que se han logrado mediante el trabajo exhaustivo de diversas investigadoras e investigadores, los cuales se recoge en este Manual con la mejor voluntad de propiciar aportes y discusión que puedan en su momento enriquecerlo.

El primer capítulo trata acerca de la teoría de género y perspectiva de género, género y derecho y violencia de género, como un marco referencial que sitúa conceptualmente en el marco de las distintas intervenciones y posicionamientos al respecto de las mujeres como sujetas de la ley penal. El segundo capítulo se centra en las estrategias de litigio, haciendo especial referencia en la etapa de investigación, y en ésta, en las medidas de coerción, ya que la mayoría de las mujeres en conflicto con la ley se encuentran privadas de libertad preventivamente.

Capítulo I

Género y justicia penal

Objetivo de esta unidad

Propiciar entre los defensores y defensoras del Instituto de la Defensa Pública Penal, la utilización de conocimientos acerca de las categorías básicas sobre género, teoría y perspectiva de género, derecho a la igualdad y violencia contra las mujeres, que les permita elaborar estrategias de defensa adecuadas a las características y condiciones de las mujeres en conflicto con la ley.

INTRODUCCIÓN

Este capítulo desarrolla contenidos básicos sobre género, teoría y perspectiva de Género y su relación con el derecho, los cuales se explican a través de su descripción teórica, planteando ejercicios y preguntas generadoras relativas a los contenidos al final de cada tema. El propósito de este módulo es que quienes ejercen la defensa pública, identifiquen los conceptos fundamentales para que se enriquezca las estrategias de defensa en casos de mujeres sindicadas de hechos ilícitos.

A. Consideraciones generales

Ejercicio 1

ADIVINEN
¿QUIÉN TRABAJA Y QUIÉN NO TRABAJA?

TENDAI es una muchacha joven que vive en Zimbawe. Su día empieza a las 4 de la mañana cuando, para traer agua, ella carga un recipiente de treinta litros hasta un pozo que queda aproximadamente a 11 kilómetros de su casa. Camina con sus pies descalzos y regresa a su casa alrededor de las 9 de la mañana. Come un poco y procede a buscar leña para el fuego hasta el mediodía. Lava los utensilios utilizados por la familia en el desayuno y se pone a preparar el almuerzo. Después del almuerzo y de lavar los platos, ella camina por ahí, bajo el sol caliente, en busca de vegetales para la cena hasta el anochecer, antes de emprender su segunda caminata para buscar agua. Su día termina a las 9 de la noche, después de que ha preparado la cena y puesto a dormir a sus hermanos y hermanas menores. Tendai es considerada improductiva, y económicamente inactiva. De acuerdo con el sistema económico internacional, Tendai no trabaja y no forma parte de la fuerza laboral.

CATHY, una ama de casa de clase media norteamericana, pasa sus días preparando comidas, poniendo la mesa, sirviendo alimentos, retirando la comida y los platos de la mesa, lavando platos, vistiendo y cambiando pañales a sus niños(as), disciplinándolos(as), llevándolos(as) a la guardería, sacando la basura, sacudiendo, rejuntando la ropa sucia, lavando la ropa, yendo a la estación de gasolina y al supermercado, reparando cuestiones en la casa, aplanchando, cuidando a los(as) niños(as) o jugando con ellos(as), haciendo las camas, pagando recibos, cuidando las mascotas y las plantas, guardando los juguetes, los libros y la ropa, cosiendo, remendando o tejiendo, atendiendo a los vendedores ambulantes, contestando el teléfono, pasando la aspiradora, barriendo, trapeando el piso, cortando el césped, paleando la nieve, limpiando el baño y la cocina y poniendo a sus niños(as) a dormir. Cathy tiene que enfrentarse al hecho de que ella llena su tiempo de manera improductiva. Ella también es económicamente inactiva.

BEN, es un miembro altamente entrenado de la fuerza militar de los Estados Unidos. Su deber usual es descender a una estación subterránea donde espera, junto a un colega durante horas, que le den orden de disparar un misil nuclear. Tan hábil y eficiente es Ben que si su colega desobedeciera la orden de disparar el misil, Ben, si todos los demás intentos fallan, debería dispararle para asegurar un exitoso lanzamiento de ese misil. El trabajo de Ben es pagado; es económicamente activo. Su trabajo es valioso y contribuye, como parte de la maquinaria nuclear, al crecimiento, bienestar y productividad de su nación. Eso es lo que el sistema económico internacional dice.

MARIO, es un chulo y adicto a la heroína en Roma. Él regularmente paga mordidas. Los servicios, el consumo y la producción de Mario son ilegales, pero son sin duda, parte del mercado. El dinero va de mano en mano. Las actividades de Mario son parte de la economía escondida de Italia. Pero en los archivos de una nación no

aparecen todas las transacciones. El contralor de la República o un banco se dan cuenta de que hay más dinero circulando del que ha sido reportado en actividades comerciales legales. De esta manera, algunas naciones, incluyendo Italia, regularmente toman en cuenta un mínimo de la economía escondida en sus cuentas. Así, parte de los servicios, producción y consumo ilegales de Mario serán reconocidos y tomados en cuenta. Eso es lo que dice el sistema económico internacional.

BEN y MARIO *trabajan*; CATHY y TENDAI *no.* Esas son las reglas. Creo que muchas mujeres alrededor del mundo, con vidas tan diferentes como las de Cathy y Tendai son económicamente productivas. Ustedes también podrían creer que estas mujeres trabajan plenamente. Pero de acuerdo a la teoría, ciencia, profesión, práctica e institucionalización de la economía, estamos equivocadas(os).

Waring, Marilyn; IF WOMEN COUNTED. A VIEW FEMINIST ECONOMICS; New York; Harper & Row Publisher; 1985; Traducción de Rosalía Camacho; citado por ILANUD; Caminando hacia la igualdad real; San José, Costa Rica; 1996.

La lectura anterior nos lleva a reflexionar ¿Por qué históricamente se han asignado estas tareas a las mujeres? ¿Por qué las tareas que realizan las mujeres no son consideradas trabajo? ¿Por qué las labores tradicionalmente asignadas al género femenino son menos valoradas que las asignadas al género masculino?

El ejercicio anterior devela que las características que adjudicamos a los varones y a las mujeres, coinciden con las que la sociedad les asigna y con aquellas que han aprendido desde que nacen: cada persona desde muy pequeña, empieza un proceso particular de formación sobre cómo se espera que actúe, el papel o trabajo que debe desempeñar, y su lugar en las estructuras sociales, políticas o religiosas. Este rol varía dependiendo de su edad, su origen étnico, su clase social y, por supuesto, su sexo.

Asimismo, las historias de BEN, MARIO, CATHY y TENDAI demuestran cómo se le asigna un valor distinto a las tareas desarrolladas por hombres y mujeres, aunque "objetivamente" éstas requieran un esfuerzo mayor.

Existe la creencia común de que ser hombre y mujer está determinado por ciertas características biológicas, naturales, que son inmutables: que han sido siempre así y se expresan de la misma manera en todas las culturas. Consecuentemente, no se observan diferencias espaciales ni temporales, porque se supone que ser mujer u hombre es igual en cualquier parte del mundo y en cualquier época. Como señalaban las historias BEN, MARIO, CATHY y TENDAI, se cree que las mujeres tienen una propensión natural a desarrollar tareas del hogar, mientras que los hombres nacen siendo más fuertes o inteligentes.

Estas creencias perduran, pese a que si se examina la historia, el papel de la mujer ha cambiado incesantemente. En Guatemala, a mediados del siglo pasado se consideraba que la mujer no tenía la madurez necesaria para votar, no fue hasta 1945 que se concedió el sufragio femenino, pero sólo para las mujeres letradas (el sufragio masculino en cambio era universal)[1]. Estas diferencias también se encuentran en un análisis sincrónico, es decir, si se examina lo que ocurre en distintas re-

1 Así se excluyó hasta 20 años después a la casi totalidad de mujeres del área rural, sobre todo indígenas, que eran analfabetas; Jorge Mario García Laguardia & Edmundo Vásquez Martínez; *Constitución y orden democrático;* Guatemala; USAC; 1984; Pág. 93.

giones del mundo en una misma época histórica: hoy no es lo mismo ser mujer en Guatemala que en un país musulmán, donde se nos puede lapidar por ser sospechosas de adulterio. Incluso, dentro de Guatemala, existen enormes diferencias entre ser una mujer urbana o una mujer del área rural.

Estas diferencias entre lo masculino y lo femenino se perpetúan y se acentúan debido a una serie de estereotipos, por ejemplo: creer que el hombre es racional, independiente, inteligente, fuerte, valiente. De esta manera se identifica a los hombres con la parte que tiene mayor poder, en el sentido de que cuenta con el control y decisión de casi todos los espacios considerados importantes para la sociedad: son los padres y guían la familia, son los patrones y guían las empresas, son los generales y guían los ejércitos, son los presidentes y guían los países.

Por el contrario, se considera que todas las mujeres son sentimentales, dependientes, intuitivas, débiles, dóciles, cariñosas, calladas, serviciales, y que su lugar en el mundo es la maternidad. Estas supuestas características naturales, han significado que las mujeres sean marginadas de las grandes decisiones sociales, políticas, económicas y de todos los demás espacios ocupados por los hombres[2].

Todas estas creencias, prejuicios o estereotipos, provocan muchas veces las violaciones de los derechos humanos de las mujeres:

Son discriminadas en cuanto al acceso a educación, trabajo, crédito, tierra, puestos políticos.

Existe desigualdad en la vida familiar, por ejemplo, hasta hace pocos años las mujeres en Guatemala no podían trabajar fuera de casa si el esposo se oponía, afortunadamente esta norma fue declarada inconstitucional.

Sufren violencia basada en el género, desde la que se produce en el hogar, en el barrio, en la sociedad, hasta la generada o permitida por el propio Estado.

En Guatemala, esta discriminación se manifiesta de diversas maneras. De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística (INE), en Guatemala la población se compone por 51% de mujeres y 49% de varones. Sin embargo, estas proporciones se modifican absolutamente cuando se examinan los índices de desarrollo. El informe Desarrollo Humano 2003 del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) refleja en las siguientes cifras, las exclusiones que sufren las guatemaltecas:

Índices de Desarrollo Humano		
Índice	**Hombres**	**Mujeres**
Educación/Analfabetismo	19.8%	34.6%
Economía/ Participación económica	80.1%	42.7%

Fuente: PNUD, Informe de Desarrollo Humano. Guatemala, 2003.

2 Cfr. ICCPG; Manual de Justicia Penal y Género; Guatemala; 2004; Pág. 5.

Con respecto a la concentración de la tierra, existen grandes extensiones de tierra en pocas manos: el 62,5 por ciento de la superficie son fincas (explotaciones mayores) concentradas en el 1,5 por ciento de la población. Sin embargo, del total de tierras en propiedad de indígenas (23,6 por ciento del total de tierras en fincas) sólo el 6,5 por ciento "corresponde a fincas con jefatura femenina"[3]. En otras palabras, menos del 7% de la tierra está en manos de mujeres.

Según indicó en el año 2003 la organización Convergencia Ciudadana de Mujeres, la no atención en el parto es la primera causa de mortalidad materna (53%), seguida por infección o mala atención del parto (17%) y complicaciones por aborto (14%), lo que revela el casi nulo interés del estado en proteger la vida de las mujeres[4].

En cuanto a la participación política de las mujeres, las cifras son más que elocuentes (ver tabla abajo).

En cuanto a los partidos políticos la participación de las mujeres es "limitada y casi inexistente, y no existen garantías normativas que permitan atender la necesidad de participación equitativa de mujeres y hombres dentro de los partidos políticos"[5].

Participación en la Estructura del Estado al 2004		
Cargos	**Hombres**	**Mujeres**
Diputaciones del Congreso	141	14
Alcaldías	323	8
Ministerios de Estado	11	2

Fuente: Acuerdo 01-04 del Congreso de la República, de fecha 14-01-2004

Participación en las Instancias de Justicia		
Instancia	**Hombres**	**Mujeres**
Organismo Judicial		
Judicaturas y Magistraturas	579	216
Defensa Pública	100	66
Policía Nacional Civil	7,819	1,980

Fuente: Informes anuales de las diferentes instancias de justicia.

3 Sistema de las Naciones Unidas de Guatemala; Informe Nacional de Desarrollo Humano; 2002. Guatemala: desarrollo humano, mujeres y salud; Guatemala, 2002. Págs. 47-48.

4 Convergencia Ciudadana de Mujeres; Reducción de la mortalidad materna; Guatemala; 2003.

5. Organización de los Estados Americanos; Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Justicia e inclusión social; Los desafíos de la democracia en Guatemala; Washington DC; Secretaría General; Organización de los Estados Americanos; 2003; Pág. 133.

Ejercicio 2

Instrucciones:

En la tabla que se presenta a continuación defina, de acuerdo con sus ideas o si lo desea, de conformidad con el diccionario de la Real Academia Española, cuál es la acepción que se da a cada uno de los términos.

1. Zorro:	1. Zorra:
2. Hombre público:	2. Mujer pública:
3. Hombrezuelo:	3. Mujerzuela:

Preguntas:

¿Qué estereotipos cree que refleja cada uno de los términos?

¿Usted cree que estos estereotipos se reflejan en la forma en que se juzga a un hombre o a una mujer?

¿Cuál sería la forma de vencer estos estereotipos?

Ejercicio 3

Preguntas:

¿Por qué considera usted que no hay más mujeres diputadas?

¿Por qué en Guatemala existe un mayor nivel de analfabetismo en las mujeres indígenas?

¿Votaría usted por una mujer para ser presidenta del país? ¿Por qué?

B. Género y Sexo

En la literal anterior se examinaron las diferencias y desigualdades que existen entre hombres y mujeres en Guatemala en diversos ámbitos de la vida: la familia, el trabajo, la educación, etc. Sobre esta situación es preciso analizar cuál es su origen y su esencia: ¿Se trata de características naturales, con las que nacen los hombres y las mujeres? o, ¿Se trata de procesos sociales de asignación de papeles y tareas?

1. Origen de la categoría género

La identidad de una persona se encuentra conformada por diversas variables: no es lo mismo ser niño/a o adulto/a, ser cristiano/a o budista, ser de un partido político de derecha o de uno de izquierda, ser mestizo/a o ser maya, ser rico/a o ser pobre, ser obrero/a o ser profesional, ser hombre o ser mujer. Todas estas variables definen la forma en que una persona se comporta, cómo piensa, cómo actúa y el lugar que ocupa en la sociedad.

En el caso de las diferencias entre hombres y mujeres, éstas han sido estudiadas para responder a las preguntas planteadas, es decir, si obedecen a aspectos naturales o si son producto de una construcción social, en este último caso se habla de "género" como la categoría que explica las diferencias sociales entre lo masculino y lo femenino.

La primera científica en investigar si existía una correlación "natural" entre el sexo y la personalidad y si lo masculino está ligado a la agresividad y lo femenino a la suavidad, fue la antropóloga estadounidense Margareth Mead, quien en 1935 realizó una investigación en Nueva Guinea. En esta investigación concluyó que la personalidad atribuida a cada uno de los sexos, se relaciona con el énfasis que se le asigna en determinadas culturas.

En su obra *Sexo y Temperamento*, describe cómo en diferentes culturas existen distintas ideas y criterios para asignar las tareas o trabajos. Por ejemplo, advirtió que la pesca en algunas comunidades era una actividad masculina, en otras femenina y en algunas resultaba indiferente. De ahí concluía que la capacidad para una determinada tarea, no era producida originalmente por la naturaleza de los sexos, sino por la cultura, que simboliza las actividades como masculinas o femeninas[6].

Por su parte el doctor y psiquiatra Robert Stoller, hizo importantes aportes con sus investigaciones. Uno de sus estudios más famosos fue el de los gemelos idénticos (1968). Debido a un accidente en el momento de efectuarle la circuncisión a uno de ellos, le amputaron el órgano sexual. Los médicos y la familia consideraron que dadas las circunstancias, era preferible socializarlo como niña a que viviera su vida como un varón sin órgano sexual masculino. Fue así como esta persona creció con la identidad sexual de una niña, mientras su hermano gemelo vivía como niño[7].

Estos casos y otros muchos, hicieron suponer a las personas de la ciencia que lo determinante en la identidad sexual no es el sexo biológico, sino el hecho de ser socializado o socializada desde el nacimiento o antes, como perteneciente a uno u otro sexo[8].

6 Mead, Margareth; *Sexo y temperamento;* 1969.
7 Sobre el origen del concepto de género; cfr. Alda Facio; *Género e igualdad jurídica entre los sexos*. San José, 1997.
8 En este sentido, Teresita de Barbieri; *Sobre la categoría género, una introducción teórica metodológica;* Santiago de Chile; Editorial Fin de Siglo; 1995.

Hasta aquí, se había indagado en la naturaleza de las diferencias entre varones y mujeres, pero no se explicaba por qué estas diferencias se convierten en desigualdad o en exclusión. Fue el movimiento de mujeres de los años setenta, el que centró su estudio en la sociedad como generadora de la subordinación de las mujeres. La idea era examinar una sociedad determinada en cierto momento histórico y revisar todos los ámbitos y niveles de relacionamiento entre mujer-mujer; varón-varón y mujer-varón, partiendo de la idea que la subordinación es producto de determinadas formas de organización y funcionamiento de las sociedades.

2. Sexo y género

De estas investigaciones se creó el concepto de género como categoría en las ciencias sociales, que se utiliza para explicar la diferencia entre el sexo anatómico y fisiológico abordado por las ciencias biológicas y el género como el sexo socialmente construido.

En cuanto a la categoría *sexo,* éste "se refiere a las características biológicas que definen a un ser humano como hombre o mujer. Los conjuntos de características biológicas no son mutuamente excluyentes, ya que existen personas que poseen ambos, pero estas características tienden a diferenciar a los humanos como hombres y mujeres[9]".

Generalmente se dice que una persona es de uno u otro sexo de conformidad con la forma y funciones de sus órganos sexuales. Se nace hembra o varón aquí y en cualquier otro lugar del planeta, hoy, en el pasado y en el futuro[10].

Género se refiere a la gama de roles, relaciones, características de la personalidad, actitudes, comportamientos, valores, poder relativo e influencia, socialmente construidos, que la sociedad asigna a ambos sexos de manera diferenciada[11].

Mientras el sexo biológico está determinado por características genéticas y anatómicas, el género es una identidad adquirida y aprendida que varía ampliamente, intra e interculturalmente. El género es relacional ya que no se refiere exclusivamente a las mujeres o a los hombres, si no también a las relaciones entre ambos[12].

Por lo tanto, cuando se habla de género se hace referencia a una cualidad histórica construida no sólo para mujeres sino también para hombres, es decir, ser mujeres o ser hombres es ser genéricamente definidos, y en este sentido el concepto género abarca a todos y todas[13].

De esta manera, la categoría de género es una herramienta de análisis social que permite identificar y examinar las diferencias entre hombres y mujeres modeladas en la vida social, es decir, facilita observar las desigualdades existentes a partir del sexo de las personas y cómo se manifiestan en cualquier espacio social, desde las relaciones más complejas como la representación política, hasta los juegos infantiles asignados a cada uno de los sexos.

Por otra parte, al entender que las diferencias entre hombres y mujeres no sólo responden a diferencias físicas o biológicas (inmutables), sino también a designaciones sociales, se llega a compren-

9 Organización Mundial de la Salud.
10 Rosalía Camacho Granado *et al.*; *Caminando hacia la igualdad;* San José, Costa Rica; ILANUD; 1997; Pág. 56.
11 Exploring Concepts of Gender and Health; Ottawa: Health Canada; 2003 http://www.hc-sc.gc.ca/english/women/exploringconcepts.htm.
12 Ibid.
13 El género es una de las variables que se utiliza para clasificar a los seres humanos que, generalmente, responde a una concepción dicotómica del pensamiento occidental, es decir, la mayoría de sociedades han construido sistemas genéricos conformados por dos géneros, pero se conoce de comunidades que han conformado sistemas de más de dos géneros. Cfr. Marcela Lagarde; *La identidad de género;* México D.F; 1992.

der que éstas pueden ser transformadas. En palabras de Rosalía Camacho: "El punto de partida del sistema sexo-género es que el sexo es determinado biológicamente y el género es construido social, cultural e históricamente. Esta separación conceptual permitió, sobre todo, reconocer que ser hombre o ser mujer, más allá de las diferencias anatómicas, constituye una construcción social y no una condición natural y, al ser una construcción social, tiene implícita la posibilidad de cambio"[14].

El proceso mediante el cual se aprenden los papeles propios a desempeñar por cada género, se llama "proceso de socialización". La familia, la escuela, los medios de comunicación, el lenguaje, los símbolos y mitos, el sistema jurídico-político, la división del trabajo, las instituciones, las doctrinas, cumplen su función socializadora tanto en los procesos educativos, como en la organización y regulación de las relaciones de género.

Existe un proceso de socialización femenino y uno masculino y ambos tienen consecuencias negativas para los hombres y para las mujeres. Por ejemplo: a las mujeres se les enseña a ser dependientes, inseguras, a reprimir la ira; los varones aprenden a ser violentos, a ocultar sus sentimientos, a ser valientes.

Los procesos de socialización son tan fuertes, que incluso hacen que lo social se considere *natural*, y como ya se mencionó se atribuye a lo natural las características de inmutable y determinante.

Sin embargo, "los niños no nacen con una predisposición a la violencia como tampoco nacen con una pistola en su mano; ni las niñas nacen con una predisposición a las tareas hogareñas como tampoco nacen con una escoba debajo del brazo; pero sí es cierto que el aprendizaje de los roles empieza desde el día que nacemos, cuando se nos viste de uno u otro color, se nos trata de una u otra manera o se valora el mismo comportamiento de distinta manera si se es un niñito o una niñita"[15].

Por esto es importante diferenciar cuáles son aquellos atributos que responden al sexo y en consecuencia son inalterables, por ejemplo: la posibilidad que poseen las mujeres de tener hijos, y cuáles al género y por tanto son susceptibles de ser transformados. Como señala Camacho: "Entender que estos roles y características que nos identifican son susceptibles de ser cambiados, refuerza nuestra esperanza de cambiar la posición de subordinación y discriminación que ocupan las mujeres y así poder construir una sociedad realmente justa y humana"[16].

14 Rosalía Camacho; La maternidad como institución del patriarcado: representaciones y manifestaciones en las obreras del sector textil; Diseño de investigación; San José, Costa Rica; UNA-UCR; 1996; Pág. 33.

15 Rosalía Camacho Granado, *et al.*; *Caminando hacia la igualdad*; San José, Costa Rica; ILANUD; 1997; Pág. 56.

16 Martín, Ligia (Coord.); El hostigamiento sexual es una forma de violencia. Denúncielo. Módulo de capacitación para el abordaje del hostigamiento sexual desde la perspectiva de género; San José, Costa Rica; Defensoría de los Habitantes de la República, Defensoría de la Mujer; 1996; Pág. 23.

Ejercicio 4

Instrucciones:
A continuación se presenta una serie de atributos que describen a las mujeres y varones. Indique, marcando con una X, cuáles de ellos corresponden al sexo (características biológicas) y cuáles corresponden al género (roles socialmente asignados a hombres y mujeres):

Mujeres		
Característica	**Sexo**	**Género**
Tierna		
Coqueta		
Maternidad		
Sentimental		
Intuitiva		
Escasa fuerza física		

Hombres		
Característica	**Sexo**	**Género**
Fuerte		
Valiente		
Inteligente		
Posibilidad de engendrar hijos		
Analítico		

Pregunta:

¿Todas las características que examinó como biológicas, son inmutables?

3. Teoría de género y perspectiva de género

En la exposición que se ha hecho, se ha descrito las enormes desigualdades entre varones y mujeres en Guatemala y se ha analizado cómo las diferencias entre sexos pueden obedecer a razones biológicas o a atributos sociales. Sin embargo, no se ha analizado como las diferencias, devienen en desigualdades: ¿Por qué tienen un mayor valor en la sociedad los atributos que se le asignan a los varones? ¿Por qué los trabajos que se destinan a las mujeres son mal remunerados? ¿Por qué las mujeres no acceden a puestos de decisión dentro del gobierno? ¿Por qué algunas familias al elegir entre la escolaridad del varón o de la mujer, optan por el niño?

Como señala Ana Elena Obando: "Las diferencias entre hombres y mujeres, en sí mismas, no son el problema, sino que el problema consiste en cómo se construyen desigualmente esas diferencias y cómo las cualidades, características, valores y actividades de las mujeres están sistemáticamente subordinadas a los hombres"[17].

Estas preguntas, únicamente pueden responderse si el género se analiza enmarcado en un *sistema de poder.* El poder es entendido como un atributo de las relaciones humanas, por tanto, podemos ver sus expresiones en la familia, en los procesos organizativos, comunitarios, en las instituciones sociales como la escuela y la iglesia, etc. Su ejercicio se expresa frecuentemente en la diferenciación social, cultural, económica o política de los sujetos sociales y, por supuesto, también dentro de los sistemas de géneros[18].

En palabras de Marcela Lagarde: "El poder como hecho positivo es la capacidad de decidir sobre la propia vida, como tal, es un hecho que trasciende al individuo y se plasma en los sujetos y en los espacios sociales: ahí se materializa como afirmación, como satisfacción de necesidades, y como consecuencia de objetivos. Pero el poder consiste también en la capacidad de decidir sobre la vida del otro, en la intervención con hechos que obligan, circunscriben, prohíben o impiden. Quien ejerce el poder se arroga el derecho al castigo y a conculcar bienes materiales y simbólicos. Desde esa posición domina, enjuicia y perdona. Al hacerlo, acumula y reproduce poder"[19].

En consecuencia, cuando se habla de relaciones de poder dentro de los sistemas de género, se refiere a una relación de dominio (no necesariamente absoluto) que significa la capacidad del hombre (por el solo hecho de pertenecer a este género) de controlar y decidir en múltiples formas, sobre la vida de las mujeres[20].

Esto no significa que las mujeres carezcan absolutamente de poder, aun dentro de su subordinación, las mujeres poseen ciertos poderes que ejercen sobre las personas que dependen de ellas, como los niños. Se trata de poderes subordinados y de hecho delegados, es decir, pueden ejercer el poder porque existe el padre que lo otorgó. Estos poderes interactúan, se conjugan, se confrontan, se suman o se restan, no obstante, ya existe una jerarquía en la que de antemano está decidido socialmente, que el género masculino tiene el mayor poder[21].

17 Ana Elena Obando; Diseño metodológico con enfoque de género para la planificación y ejecución del Programa de capacitación para la administración de justicia; Op. cit.
18 Cfr. Kenia Herrera; *Manual Justicia Penal y Género;* Guatemala; ICCPG; 2004; Pág. 15.
19 Marcela Lagarde; *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas;* México; 1990; Pág. 46.
20 Ibid.
21 Ibid.

Fueron los aportes de la teoría de género los que entendieron los sistemas de género como sistemas de poder. La *teoría de género* se refiere al conjunto de conocimientos, categorías, hipótesis, interpretaciones, valores y prácticas relativos a los fenómenos históricos construidos en torno al sexo. Esta teoría permite analizar a los hombres y mujeres no como seres inmutables, sino como sujetos históricos, construidos socialmente.

Asimismo, esta teoría hace énfasis en la necesidad de contextualizar todo análisis que se realice en torno a los sistemas de poder de género con otros sistemas de poder existentes, por ejemplo, en Guatemala existen los sistemas de poder de clase y etnia, entre otros.

En este sentido, Teresita de Barbieri manifiesta: "El género es una forma de desigualdad social, de las distancias y jerarquías que si bien tienen una dinámica propia, está articulado con otras formas de la desigualdad, las distancias y las jerarquías sociales (...) En América Latina y en general en sociedades plurales desde el punto de vista racial, es necesario dar cuenta del contexto étnico-cultural, bajo el supuesto que los géneros se construyan de manera distinta en cada uno de ellos"[22].

Por su parte, la *perspectiva de género* es una herramienta que permite visualizar los distintos mecanismos, formas y efectos de la construcción social de los géneros –masculino y femenino– poniendo en el centro del análisis las relaciones de poder entre hombres y mujeres. Esta herramienta tiene como propósito develar las desigualdades que se derivan de estas relaciones y señalar los caminos para que las mismas sean modificadas.

En palabras de Andrea Díez: "Es una herramienta política y académica para hacer visible cómo actúan los modelos sexuales polares y binarios (femenino/masculino) y cómo se producen, instalan y renuevan las jerarquías de género. Asimismo, permite relevar el impacto específico de género en las normas, reglas, estructuras y procedimientos"[23].

Ejercicio 5

Preguntas:

¿Qué significa afirmar que género es una categoría de análisis social?

¿Qué diferencias existen entre género y sexo?

¿Para qué sirve la perspectiva de género?

¿Cuál fue el principal aporte de la teoría de género?

---

22 Teresita de Barbieri; *Sobre la categoría de género, una introducción teórico-metodológica;* Brasil; 1991; Págs; 120-124.
23 Andrea Díez; *¿Qué significa incorporar la perspectiva de género en investigaciones de las ciencias sociales?;* Guatemala; ICCPG; 2005; en prensa.

C. Género y Derecho

El derecho, como las demás instituciones sociales, no es ajeno a las desigualdades de género, ya que las normas se elaboran desde el poder y el derecho es formulado, interpretado y aplicado por personas, cuyas ideologías y conductas responden a un contexto determinado.

El derecho es influido así por las distintas jerarquías en que se encuentra estructurado el sistema de género en una sociedad y a su vez influye y reproduce este sistema. Como señala Correas: "Dentro de la doctrina de la sociología del Derecho, se ha ido generalizando la idea de que el Derecho no es un mero ente neutral en el proceso de constituir las divisiones sexuales que se han ido creando en la sociedad. El Derecho tiene una fuerza constitutiva, una cierta capacidad para crear realidades sociales[24].

De esta manera, las categorías que establece el Derecho para distinguir entre los diversos actores sociales o sujetos de derecho, ayudan a construir una sociedad de sujetos con poderes, competencias, derechos, privilegios y prerrogativas diferentes y, en consecuencia, con accesos diferenciados a los mecanismos de poder y a los recursos de la sociedad. Los contenidos de las normas pueden influir en el contenido de las conciencias, es decir, pueden afectar cómo la gente percibe y evalúa la realidad y viceversa. Por otro lado, el Derecho induce a determinadas prácticas, entre otras formas, mediante el acatamiento de las normas, que pueden terminar condicionando la forma de ver y evaluar el mundo de quienes incurren en ellas[25].

Desde la perspectiva de género se han realizado diversas críticas a la actual situación del sistema de justicia. Éstas van desde la subrepresentación de las mujeres en los órganos encargados de elaborar y aplicar las leyes[26], hasta la existencia de normas que consagran y profundizan las desigualdades.

De esta manera, los cuestionamientos al derecho que se realizan desde la teoría de género pueden agruparse en dos grandes categorías:

1. La forma en que se interpretan y aplican las normas y,
2. El contenido de las normas jurídicas

1. La forma en que se interpretan y aplican las normas

En cuanto a quién aplica las normas, en Guatemala la mayoría de funcionarios de justicia son varones: en el Instituto de la Defensa Pública Penal, 37% mujeres son defensoras; en el Organismo Judicial, 27.5% de las funcionarias son mujeres; en la Policía Nacional Civil, 20% de las agentes son mujeres (la mayoría en puestos administrativos) y en el Ministerio Público no se cuenta con datos.

Además de la desigualdad que conlleva que las mujeres no se encuentren proporcionalmente representadas en estas instancias, la preponderancia de hombres en la administración de justicia causa un sesgo de género en la aplicación de la ley. Son de conocimiento común algunas de las respuestas de funcionarios de justicia frente a la violencia doméstica: "siga con su marido si es bueno" o "es mejor para sus hijos que usted permanezca en su hogar".

24 Correas; citado por Ana Elena Obando; Diseño metodológico con enfoque de género para la planificación y ejecución del Programa de capacitación para la administración de justicia; Op. cit.
25 Rivera; citado por Ana Elena Obando; Diseño metodológico con enfoque de género para la planificación y ejecución del Programa de capacitación para la administración de justicia; Op. cit.
26 Cfr. Cuadros incluidos en el literal A.

Sin embargo, y a pesar de que una mayor presencia de mujeres sin duda redundaría en una aplicación de la justicia más sensible a sus problemas, esto no sería suficiente, ya que tanto varones como mujeres, al aplicar las normas jurídicas, reflejan prejuicios y estereotipos.

Por ejemplo, la Constitución establece en el artículo 4 que en Guatemala, los seres humanos son iguales en dignidad y derechos, y el Código Procesal Penal, en el artículo 21 determina: "Quienes se encuentren sometidos a proceso gozarán de las garantías y derechos que la Constitución y las leyes establecen, sin discriminación". A pesar de la claridad de este principio: igualdad y no discriminación, es posible que las personas funcionarias de justicia reaccionen de una manera distinta si los intereses en juego pueden afectar las relaciones de poder entre hombres y mujeres. Por ejemplo: en un caso de lesiones, si la misma ocurre entre desconocidos, lo más probable es que se le de trámite a la denuncia; por el contrario, si el autor del delito es el esposo es posible que la causa se desestime. Habrá funcionarios/as que justifiquen esta omisión, argumentando que se trata de un problema privado o simplemente porque la lesión se produjo a causa de una pelea familiar.

Como se distingue en el ejemplo anterior, el principio de igualdad establecido en la Constitución, puede ser vulnerado debido a la interpretación diferenciada que se hace de los hechos, a partir de las valoraciones particulares de cada funcionario/a.

Muchas de las deficiencias observadas en las prácticas judiciales responden a la creencia de que la interpretación de las leyes es una tarea técnica y absolutamente *objetiva* o aséptica, sin tomar en cuenta que la interpretación implica: valoración, elección, decisión y, que quienes interpretan son personas con valores ideológicos y culturales que influyen en el proceso de interpretación y aplicación de las normas. Incluso, la filosofía del derecho contemporáneo reconoce que el empleo de los llamados "Métodos de interpretación" presuponen posturas valorativas"[27].

Esta situación se ha documentado en diversas investigaciones. Así lo señala un estudio reciente elaborado por INECIP: "No obstante, los criterios subjetivos de los juzgadores inciden en la valoración que se haga de estos (se refiere a los medios de prueba), los cuales en ocasiones se describen con argumentos fuera de lugar. Esta esla situación del caso No. 1 (C-24-2003) referente al delito de Abusos Deshonestos Agravados que le dan valor probatorio a la declaración de la víctima (una mujer de 16 años), por la razón siguiente: porque *fue evidente en su tierno rostro que refleja esa inocencia por su corta edad, que está diciendo la verdad.* Nos preguntamos cuáles serían los criterios para dar valor probatorio a la declaración de una mujer mayor, que no posea un "tierno rostro" y no digamos en el caso de una mujer prostituta que llegara a denunciar una violación"[28].

En el caso de las mujeres, la aplicación de los pretendidos criterios objetivos es igual a decir que se les valora con criterios masculinos[29], produciendo inmediatamente una acción discriminatoria y, a su vez, la violación a sus derechos humanos.

En este orden de ideas, a continuación se describen algunos de los sesgos de género que pueden influir en los funcionarios y funcionarias de justicia al interpretar el derecho[30]:

27 Kenia Herrera; *Manual justicia penal y género;* Op. cit.

28 Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales de Argentina, Región Centroamericana; *Impacto de la reforma del sistema penal guatemalteco, en los delitos sexuales y violencia intrafamiliar;* Guatemala; 2004.

29 Recordemos que los sistemas normativos son formulados en su mayoría por hombres, por lo tanto existe un alto grado de probabilidades de que responderán a intereses masculinos.

30 La tabla que se presenta a continuación se basó en Rosalía Camacho Granado, *et al. Caminando hacia la Igualdad.* Op. cit. Pág. 71 y ss.

CONCEPTO	DEFINICIÓN	EJEMPLO
Sexismo	Es la creencia fundamentada en una serie de mitos y justificaciones que declara la superioridad del sexo masculino; creencia que resulta en una serie de privilegios para ese sexo que se considera superior. Estos privilegios mantienen al sexo femenino al servicio del sexo masculino, situación que se logra haciendo creer al sexo subordinado que esa es su función "natural" y "única".	Algunas personas consideran que es "natural" que exista mayor número de magistrados varones en la Corte Suprema de Justicia, que magistrados mujeres, dada la "natural" inteligencia de los varones.
Androcentrismo	Se da cuando un estudio, un análisis o investigación se enfoca desde la perspectiva masculina únicamente, presentando la experiencia masculina como central a la experiencia humana y, por ende, como la única relevante. Consiste en ver el mundo desde lo masculino tomando al varón de la especie como parámetro o modelo de lo humano.	Las normas que establecen los criterios para otorgar medidas sustitutivas a la privación de libertad durante el proceso penal, no hacen referencia a la situación específica de las mujeres, por ejemplo, si son madres, y cómo esto podría neutralizar el peligro de fuga.
Sobregeneralización	Se produce cuando en un estudio, teoría o texto se analiza la conducta del sexo masculino y se presentan los resultados como válidos para ambos sexos.	La disciplina penitenciaria es igual para ambos sexos, cuando solamente se tomaron en cuenta las conductas y actitudes de uno de los géneros –hombre o mujer–.
Insensibilidad al género	Se presenta cuando se ignora la variable género como una variable socialmente importante y válida. No se toman en cuenta los distintos lugares que ocupan los hombres y mujeres en la estructura social, ni el mayor o menor poder que detentan.	Para determinar el grado de responsabilidad de una mujer en la comisión de un ilícito en el cual también ha participado su marido, no se indaga si ésta actúo coaccionada por una relación de violencia intrafamiliar.
Doble parámetro	Es similar a lo que conocemos como doble moral. Se da cuando la misma conducta, una situación idéntica y/o características humanas son valoradas o evaluadas con distintos parámetros o distintos instrumentos para uno y otro sexo.	Como se cataloga la actividad realizada por las trabajadoras del sexo y no se juzga a los varones que solicitan estos servicios.
Deber ser de cada sexo	Consiste en partir de que hay conductas o características humanas que son más apropiadas para un sexo que para el otro.	Las mujeres condenadas tienen acceso a trabajos que refuerzan su situación de vulnerabilidad: cocina, costura, manualidades.
Familismo	Consiste en la identificación de la mujer persona humana, con mujer familia, o sea el hablar de las mujeres y relacionarlas siempre con la familia, como si su papel dentro del núcleo familiar fuera lo que determina su existencia y por ende sus necesidades y la forma en que se la toma en cuenta.	La mujer no necesita educación porque su actividad se centra en criar a sus hijos.

Si examinamos el derecho penal, es posible encontrar muchos de estos sesgos:

El *androcentrismo* del sistema penal, se manifiesta entre otras cosas, en la actual regulación de la legítima defensa que se refiere a un varón que se defiende, él o a su familia, del ataque de un desconocido, no reconoce que podrían existir situaciones de legítima defensa, entre miembros de una misma familia, en una situación de violencia doméstica.

En cuanto al *deber ser de cada sexo,* existe una especie de tolerancia o comprensión frente a los varones que matan a sus parejas por encontrarlas siendo infieles. Incluso el derecho recoge esta figura en el "Homicidio en Estado de emoción violenta". Por el contrario, si una mujer da muerte a su marido, incluso en medio de una situación de violencia intrafamiliar, se tiende a considerar que ella tiene responsabilidad, porque está transgrediendo su rol social de mujer dócil y sumisa, es decir, en nuestro contexto la violencia contra las mujeres es un hecho cotidiano y hasta *"normal"*, pero no lo es que una mujer defienda su vida e integridad física, o las de sus hijos e hijas.

Una sentencia dictada en un caso de parricidio, nos ejemplifica esta grave situación en donde la sindicada estuvo detenida durante año y medio: "...la acusación es tan superficial y arbitraria que el tribunal no se explica cómo el ente acusador se atrevió a formular acusación por delitos tan serios sin contar al menos con un mínimo de probabilidad de participación en el hecho antijurídico que se le atribuye a la sindicada. Lo más lamentable es que el juez contralor avaló el pésimo proceder fiscal. Cuando lo correcto hubiese sido sobreseer a favor de la sindicada en la fase intermedia.[31]"

En relación con el *doble parámetro,* un elevado porcentaje de las mujeres detenidas es por faltas. En realidad se trata de mujeres trabajadoras del sexo que son detenidas en redadas. Esto a pesar de que no es un delito ejercer la prostitución. Por el contrario, en el caso de los varones, prácticamente no existen procesos por rufianería y en ningún caso se ha detenido a un hombre por solicitar los servicios de una mujer sexoservidora.

Por lo tanto, las prácticas judiciales en Guatemala mantienen relaciones discriminatorias de género que nacen fundamentalmente de los roles asignados socialmente a los sexos y la división del mundo en privado y público. Por lo que debe ser un reto personal detectar estas desigualdades para intentar superarlas[32].

Afirmar que el derecho tiene género significa:

Que existen normas que refuerzan la discriminación contra las mujeres.

Que las mismas prácticas significan cosas diferentes para hombres y mujeres, las cuales pueden observarse en la metodología de análisis e interpretación jurídica y en el esquema de valoración personal de quien está a cargo de aplicar el derecho[33].

31 Este ejemplo se refiere a un caso de parricidio donde la sindicada es una mujer indígena; Kenia Herrera; Manual de justicia penal y género; Guatemala; ICCPG; 2004.
32 Ibid.
33 Ibid.

Ejercicio 6

Instrucciones:

Utilizando los elementos de la teoría de género, analice y conteste las interrogantes localizadas en la tabla a continuación, haciendo una valoración de lo que se pregunta con lo que representa para hombre y/o mujer.

Androcentrismo	Sobre generalización	Insensibilidad al género	Doble parámetro	Familismo
Se ejerce la violencia intrafamiliar en igualdad de casos entre hombres y mujeres.	¿Paraliza el campeonato mundial de fútbol las actividades del ser humano?	¿Considera que es correcta la posición de las mujeres en tener una cuota de participación en los partidos políticos?	¿Se permite social-mente a una mujer que abandone a sus hijos e hijas en comparación a un hombre?	¿Qué imagina cuando le nombran a una mujer de treinta y cinco años?

2. El contenido de las normas jurídicas

Las críticas en relación con el contenido de las normas jurídicas se refieren a tres aspectos:

Los problemas que no han sido regulados desde el derecho, es decir, las ausencias en la regulación; las normas cuyo contenido supone una discriminación en contra de las mujeres; y el contenido de los principios generales del derecho.

En cuanto a las primeras, en la selección de los problemas en los cuales el derecho desea intervenir, existen claramente sesgos de género. En la realidad social se realiza una serie de comportamientos socialmente dañinos, que tienen generalmente como víctimas a las mujeres y que no han sido recogidos por el derecho penal. Así, por ejemplo, la violencia intrafamiliar y el hostigamiento sexual. A pesar de la gravedad de estas conductas y el enorme daño social que causan, todavía no han sido reguladas como delitos.

En relación con las segundas, existe una diversidad de normas jurídicas que suponen una discriminación en contra de las mujeres. Algunas de ellas ya han sido declaradas inconstitucionales en nuestro ordenamiento jurídico. Por ejemplo, las normas del derecho civil, que señalaban que el marido podría oponerse a que la mujer trabajara; o en el ámbito penal, la norma que permitía el casamiento del autor de un delito de violación con la víctima para evitar la persecución penal.

Finalmente, existen principios generales del derecho que, si son aplicados de una forma neutral, pueden suponer la consagración de una situación de discriminación. Este es el caso del principio de igualdad, que por su particular importancia se aborda en el próximo apartado.

3. Principio de igualdad

La igualdad de las personas es un derecho reconocido en las primeras declaraciones formales de los derechos humanos, como la Declaración de Derechos del buen Pueblo de Virginia de 1776, o la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En las declaraciones contemporáneas ocupa un lugar central la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 cuyo reconocimiento es generalizado, tanto en varios otros documentos internacionales (sean convenciones y/o meras declaraciones), como en el derecho interno.

Así, el artículo 4to. de la Constitución señala: "En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí."

Hoy en día, el derecho a la igualdad expresa el reconocimiento previo del principio de la dignidad humana, constitutivo de los Derechos Humanos: todas las personas son iguales, y son igualmente sujetas de derecho, pues todas ellas están dotadas de una misma dignidad. Y si tienen igual dignidad, deben tener igualdad de derechos. A este respecto se refiere el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando afirma: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

Sin embargo, es necesario señalar que la norma constitucional persigue que la ley depare a todas las personas el mismo tratamiento y sean establecidos criterios legales para que las autoridades no actúen arbitrariamente. Pero no tiene el propósito de que todas las personas sean iguales en la

realidad, puesto que por razones obvias es imposible, sobre todo en contextos tan complejos como el nuestro, donde existen grandes desigualdades a todo nivel –social, económico, étnico, intergenéricas, etc.– y por lo tanto, el tratamiento igualitario de lo desigual, representa grave violación de la equidad y atenta contra la dignidad y demás derechos humanos de las personas[34].

Además, se debe tener claro que la igualdad no es una cualidad de las personas, sino una forma de apreciar sus relaciones con la sociedad y con otros ciudadanos/as, de ahí el reconocimiento constitucional de igualdad frente a las oportunidades y responsabilidades[35]. Como señala Bobbio: "La regla de justicia no dice cuál es el tratamiento mejor, sino que se limita a requerir la aplicación igual de un determinado tratamiento (...) y por eso cuando se habla de igualdad debe aclararse en primer término a quiénes se trata de igualar y con respecto a qué.[36]"

En derecho, la igualdad, como concepto genérico y como valor intrínseco de las personas, debe ser entonces entendido integralmente y de esta manera encierra dos grandes categorías: Estas son, en síntesis, las siguientes:

a. La igualdad formal

Esta se traduce en el derecho a la *igualdad ante la ley*, lo cual supone que las normas jurídicas respectivas reconocen el principio de no discriminación, tal y como se contempla genéricamente en las normas jurídicas universales. La igualdad ante la ley debe expresarse y ser respetada por todas las autoridades que crean o implementan derecho. Para el poder judicial ello implica lo siguiente:

- La obligación de respetar el principio de legalidad.
- La imposición a los jueces y tribunales del deber de observancia de la imparcialidad, evitando incurrir en fallos que supongan abuso de poder, desviación de poder o arbitrariedad.
- La prohibición de incurrir en formas de trato desigual que no estén autorizadas por la ley[37].

Estas derivaciones del principio de igualdad, sin duda constituyen una expresión del Estado de derecho y significaron un avance para la limitación del ejercicio arbitrario del poder. Sin embargo, actualmente la igualdad formal no basta y su aplicación ciega puede consagrar situaciones de desigualdad. Por ejemplo, si un juez estableciera la cantidad invariable de un millón de quetzales para otorgar una caución económica, argumentando que la ley debe ser aplicada por igual a todas las personas y no atendiera el tipo de delito, la capacidad económica del sindicado, entre otros criterios, estaría discriminando y consecuentemente perjudicando a las personas de escasos recursos.

La igualdad ante la ley y la igualdad derivada de la asignación de derechos no ha sido suficiente "...para hacer accesibles a los que socialmente están en desventaja, las oportunidades de que disponen los individuos socialmente privilegiados... La igualdad desde el punto de vista de la distribución de los recursos, beneficios y cargas entre los miembros de una sociedad, continúa siendo, más que una realidad, un ideal ilusorio, una aspiración"[38].

De esta manera el principio de igualdad formal debe completarse con el principio de igualdad material.

34 Kenia Herrera; *Manual de justicia penal y género*; Op. cit.
35 Ibid.
36 Norberto Bobbio; *Igualdad y libertad;* Barcelona; Paidós; 1993; Págs. 54 y 66.
37 Lidia Casas y Natalia Molina; *Guía de tribunales de los derechos de la mujer;* Chile; CEJA; 2003; Pág. 6
38 Rosalía Camacho, Silvia Lara y Ester Serrano; *Las cuotas mínimas de participación política de las mujeres, aportes para la discusión;* San José, Costa Rica; Centro Nacional para el Desarrollo de la Mujer y la Familia; 1996; Pág. 7.

b. La igualdad material

Esta se traduce en el derecho a la *igualdad en la ley*; esto es, a la no discriminación dentro de las relaciones sociales concretas, evitando así que se produzcan diferencias o desigualdades por razones de sexo, étnicas, o culturales o por cualquier otra condición. Esta interpretación permite el trato desigual de los desiguales (equidad), siempre y cuando se justifique a través de valoraciones racionales.

Al respecto, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala indica lo siguiente: "El principio de igualdad, plasmado en el artículo 4 de la Constitución Política de la República impone que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma; pero para que el mismo rebase un significado puramente formal y sea realmente efectivo, se impone también que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme sus diferencias (...)[39]"

La igualdad en la ley se expresa, a su vez, en dos dimensiones fundamentales:

La igualdad como punto de partida, entendida como no discriminación de ninguna persona en el ejercicio y desarrollo de sus aptitudes de cara a su participación en el proceso productivo, la legislación, la cultura y, en general, en cualquier faceta de la organización social.

La igualdad como punto de llegada, entendida como la consecuencia de un conjunto de medidas a tomar por los poderes públicos para el logro de una calidad de vida semejante y de una igual satisfacción de las necesidades humanas básicas[40].

La aplicación del principio de igualdad conforme a los criterios de diferenciación de trato legal, es sumamente importante y necesaria, al punto que encontramos preceptos legales sobre tratos desiguales atendiendo a ciertas características de las personas. Por ejemplo, se encuentra una diversidad de tratamientos jurídico-penales para menores y mayores de edad, imputables e inimputables, particulares y funcionarios públicos, entre otros, los cuales son aceptados sin cuestionamientos porque, de no existir, se estaría sometiendo a personas con condiciones y características significativamente desiguales, a un tratamiento injusto frente a la ley.

La misma existencia de la defensa pública penal, parte de la constatación de que no basta con que cualquier persona pueda tener un abogado, ya que hay quienes no pueden pagar sus servicios. Así que para evitar la indefensión que esto supone, el Estado provee de defensa gratuita a todas aquellas personas de escasos recursos que son sometidas a proceso penal.

En este sentido, la Corte de Constitucionalidad ha manifestado: "Este principio de igualdad hace una referencia a la universalidad de la ley, pero no prohíbe ni se opone a dicho principio, el hecho que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de clasificar y diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, siempre que tal diferencia tenga una justificación razonable de acuerdo al sistema de valores que la Constitución acoge"[41].

Junto a la igualdad material se encuentra la valoración de la diferencia. Es decir, además de darle

39 Gaceta No. 24; Expediente No. 141-92. p.14; Sentencia 16-06-92; Corte de Constitucionalidad.
40 Lidia Casas y Natalia Molina; *Guía de tribunales de los derechos de la mujer;* Op. cit. Pág. 6
41 Gaceta No. 24; Expediente 141.92; Pág. 14; Sentencia 16-06-92; Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

a cada quien el trato según sus características y posibilidades (igualdad material) este principio se plantea a partir de que las diferencias entre personas son positivas y deben ser respetadas. "La justicia, en este sentido, requiere que se aprecien positivamente las diferencias. Estas se deben tomar en cuenta –no para oprimir y subordinar– sino para potenciar y propiciar el desarrollo personal. Ello requiere proveer las condiciones necesarias para que esas diferencias se mantengan y desarrollen"[42].

En este sentido, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por Naciones Unidas en 1979, la cual tiene rango de ley para los países que la han ratificado, toma como punto de partida el principio de la igualdad real o material, conjugado con el de equidad y respeto y valoración de las diferencias al establecer en su artículo 1, la definición de discriminación de la siguiente manera:

"A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Esta definición es muy importante ya que indica que una acción, ley o política será discriminatoria si tiene por resultado la discriminación de la mujer, aunque no se haya hecho o promulgado con la intención o con el objeto de discriminarla. Es más, según esta definición, una acción, ley o política podría ser discriminatoria aunque se haya promulgado con la intención de "proteger" a la mujer.

Ejercicio 7

Instrucciones:

Identifique cinco situaciones en las cuales la aplicación del principio de igualdad formal podría derivar en una discriminación.

42 Rosalía Camacho Granado, *et al.*; *Caminando hacia la igualdad;* Op. cit. Pág. 30.

D. Violencia de Género

A continuación se realiza una breve descripción de lo que significa la violencia de género con especial énfasis en la violencia intrafamiliar y la violencia sexual. Se incluye este apartado porque se considera que en distintas situaciones, la violencia de género puede influir en las estrategias de defensa. Por ejemplo, si una mujer comete el delito de parricidio dentro de una situación de violencia intrafamiliar.

1. Definición

La violencia de género, es un concepto que se ha ido construyendo a través de los últimos años. Anteriormente se le llamó "violencia contra las mujeres" o "violencia que sufren las mujeres por el solo hecho de serlo".

Actualmente, se le define como la violencia estructural que se dirige hacia las mujeres con el objeto de ejercer dominio y control sobre ellas y así mantener su subordinación al género masculino[43].

Como indica la definición anterior, la violencia es producto de las relaciones asimétricas de poder entre las personas, así como de las desigualdades sociales, y esto explica por qué hay personas o grupos que son más susceptibles de vivir en situación de violencia. No es casual que las mujeres, las niñas y los niños, los discapacitados, los ancianos, las ancianas, los indígenas, las personas con opciones sexuales diferentes, sean más vulnerables a la violencia por su propia condición. Debido a la posición de subordinación que ocupan en la sociedad, y que se reproduce a través de la ideología y de las instituciones, estas personas se vuelven más vulnerables a los abusos de poder y, por lo tanto, están más expuestas a la violencia[44].

La importancia de la definición citada radica en que establece que las causas de la violencia contra las mujeres provienen de un orden social basado en las diferencias de poder y de la jerarquía existente entre hombres y mujeres, que es un problema relacionado con la justicia y la equidad social.

Los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres reconocen a la violencia de género como violencia contra las mujeres, en especial la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, "Convención de Belém Do Pará" y la definen así: "Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado". E incluye: "la violencia física, sexual y psicológica: tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer y que comprende entre otros la violación, maltrato y abuso sexual. (Artículos 1 y 2).

Esta definición establece la violencia contra la mujer y lo que se debe de entender como tal, incluyendo los tipos de violencia que sufren las mujeres.

43 Natalia Inés Belmont; *Abordaje de la violencia de género contra las mujeres en el ámbito familiar y la utilización de los MARCS*; Guatemala; ICCPG, 2006. En prensa.

44 Centro Nacional de Equidad de Género y Salud Reproductiva; Modelo Integrado para la Prevención y Atención de la Violencia Familiar y Sexual, Manual Operativo; México; 2004; Pág. 11.

La Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer en el artículo 2, se refiere a los siguientes tipos de violencia: "Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos:

a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;

b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexual en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;

c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra[45].

De esta definición es posible concluir que la violencia puede ser de distintos tipos: física, sexual y psicológica y producirse en distintos ámbitos: familiar, comunitario y social.

Se considera que todas las formas de violencia provocan serios daños a la persona que la sufre y deja secuelas para siempre. El tipo de violencia que más se ha investigado por ser la más fuerte y la que sufren la mayoría de mujeres es la violencia doméstica o intrafamiliar, la cuál se analiza a continuación. Asimismo, se examinará la violencia sexual, por ser la que pueden sufrir las mujeres privadas de libertad.

2. Violencia intrafamiliar

La violencia intrafamiliar se encuentra definida en la legislación guatemalteca: "constituye una violación a los derechos humanos y para los efectos de la presente ley, debe entenderse como cualquier acción u omisión que de manera directa o indirecta causare daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o patrimonial, tanto en el ámbito público como en el privado, a persona integrante del grupo familiar, por parte de parientes o conviviente o ex conviviente, cónyuge o ex cónyuge o con quien se haya procreado hijos o hijas. (Artículo 1 de la Ley de violencia intrafamiliar).

a. Ciclo de violencia intra familiar

Para entender la violencia intrafamiliar es importante analizar el ciclo de violencia, el cual es explicado por la Doctora Lenore Walker[46]. Para esta autora el ciclo de violencia presenta tres etapas que se repiten de forma continuada en la mayoría de las ocasiones, aunque no son de obligada aparición en todas ellas, lo cual dependerá de las circunstancias:

i. Etapa de aumento de tensión

La relación pone de manifiesto la agresividad latente frente a la mujer, que en algunos casos se manifiesta de forma específica como determinadas conductas de agresión verbal o física de carácter leve y aisladas entre sí.

45 Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer; Resolución de la Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas; 48/104 del 20 de diciembre de 1993.
46 Lenore Walker; The Battered Women; New York; Harper y Row; 1979.

La mujer va adoptando una serie de medidas para manejar dicho ambiente y va adquiriendo mecanismos de defensa psicológicos. No obstante, esta situación va progresando y aumentando la tensión paulatinamente.

ii. Etapa de Incidente agudo de agresión

Se caracteriza por una descarga incontrolada de las tensiones que se han ido construyendo durante la primera fase. La falta de control y su mayor capacidad lesiva distingue a este episodio de los pequeños incidentes agresivos ocurridos durante la primera fase.

Esta fase del ciclo es más breve que la primera y tercera fases. Las consecuencias más importantes se producen en este momento, tanto en el plano físico, como en el psíquico, donde continúan instaurándose una serie de alteraciones psicológicas por la situación vivida.

La mayoría de las mujeres no buscan ayuda inmediatamente después del ataque, a menos que hayan sufrido importantes lesiones que requieran asistencia médica inmediata. La reacción más frecuente es permanecer aisladas durante las primeras 24 horas tras la agresión, aunque pueden transcurrir varios días antes de buscar ayuda o ir al médico, lo cual hace que no siempre acudan a urgencias, sino que en muchas ocasiones lo hacen a consultas ordinarias, quizá para tratar de restar importancia y para evitar que identifiquen la agresión. Esta actitud se ha denominado *síndrome del paso a la acción retardado.*

iii. La reconciliación o luna de miel

Se caracteriza por una situación de extrema amabilidad, amor y conductas cariñosas por parte del agresor. Gráficamente se le denomina como fase de “luna de miel”. Es una fase bien recibida por ambas partes y donde se produce la victimización completa de la mujer, ya que actúa como refuerzo positivo para el mantenimiento de la relación.

El agresor muestra su arrepentimiento y realiza promesas de no volver a llevar a cabo algo similar. Realmente piensa que va a ser capaz de controlarse y que debido a la lección que le ha dado a la mujer, nunca volverá a comportarse de manera que sea necesario agredirla de nuevo.

Durante esta fase el agresor trata de actuar sobre familiares y amigos para que convenzan a la víctima de que le perdone. Todos ellos de forma más o menos inconsciente hacen que la mujer se sienta culpable en cierto modo y que, a pesar de reconocer que la agresión ha sido un acto criticable del marido, sería ella la responsable de las consecuencias de dicha agresión al romper el matrimonio y la familia si no lo perdona. Suele ser frecuente tratar de hacerle ver que el marido necesita ayuda y que no puede abandonarlo en dicha situación.

El tiempo de duración de esta fase es muy variable, aunque lo habitual es que sea inferior al de la primera fase y más largo que el de la segunda. Este ciclo permite identificar en qué etapa se encuentra la mujer u hombre dentro de la violencia intrafamiliar.

El aislamiento en el que se mantienen las mujeres que viven en situación de violencia, les impide percibir formas alternas de vida y de relaciones interpersonales, por lo cual, la asumen como lo “normal” hasta que tienen acceso a medios que les permitan tomar conciencia de las afecciones y las afectaciones.

b. Efecto de la violencia intrafamiliar en las mujeres

La violencia tiene un efecto intensamente destructivo en las mujeres: "Existen costos denominados intangibles que, en su mayoría, no son contabilizados debido a la dificultad que entraña su medición. Entre ellos se encuentran el costo de las vidas destrozadas, del dolor crónico, del sufrimiento, del miedo, de la depresión, de los intentos de suicidio, de la pérdida de oportunidades para lograr las propias metas y de la pérdida del amor propio"[47].

Existen diversas manifestaciones de daño y síndromes estudiados en relación con el impacto de la violencia en las mujeres. Una respuesta común de las mujeres que viven en situación de violencia es el retraimiento y silencio ante estas experiencias, sin embargo, las respuestas dependen de la circunstancia e historia personal de cada mujer, así como de sus fortalezas personales y sociales.

Entre las manifestaciones del daño al bienestar emocional de las mujeres, en los casos de violencia psicológica y física están: la indefensión aprendida, el síndrome de Estocolmo y el síndrome de la mujer maltratada. En todos ellos se identifican conductas, pensamientos y sentimientos que convierten el proceso de toma de decisiones en un desafío para quienes viven en contextos de violencia. En cuanto a la labor de la defensa, se debe estar atento a si la defendida presenta alguno de estos síntomas que sin duda influyen en las estrategias de defensa que se desarrollan en el próximo capítulo.

i. La indefensión aprendida

Es la obediencia pasiva al entorno cuando todos los esfuerzos por transformarlo no logran causar ningún efecto ni la situación se modifica[48]. Los resultados son resignación, desgaste, depresión y culpa, entre otros, que se reflejan en cansancio físico y emocional. La indefensión aprendida es resultado de la reiteración a la víctima de su incapacidad de sobrevivencia lejos del agresor y de que lo que ocurre es su culpa y responsabilidad. La mujer trata de complacer y no molestar a su agresor y evade toda confrontación para no ser lastimada. Al desencadenarse los episodios de violencia, las mujeres confirman la impotencia y falta de recursos para resolver la situación, y se mantiene el temor[49].

ii. Síndrome de Estocolmo

Se caracteriza por la relación afectiva de las personas en contexto de violencia con el agresor. Los indicadores del Síndrome de Estocolmo en el comportamiento son:

- Agradecer intensamente las pequeñas amabilidades del abusador.
- Negar o racionalizar la violencia recibida.
- Negar la propia rabia hacia el agresor.
- Estar en constante estado de alerta para satisfacer al agresor.
- Dificultad para abandonarlo aún cuando se tenga alguna posibilidad.
- Tener miedo de que el agresor regrese aún cuando esté muerto o preso.
- Presentar síntomas de estrés postraumático[50].

---

47 C. García-Moreno; Violencia contra la mujer, género y equidad en la salud.; Harvard Center for Population and Development Studies; OPS; Publicación Ocasional, No. 6; 2000.

48 G. Ferreira; *La mujer maltratada;* Buenos Aires; Editorial Hermes; 1989.

49 Centro Nacional de Equidad de Género y Salud Reproductiva. Modelo Integrado para la Prevención y Atención de la Violencia Familiar y Sexual; Manual Operativo; Op. cit. Pág. 69.

50 D. Graham, E. Rauling, N. Ramini; *Sobrevivientes del terror, mujeres maltratadas, rehenes y síndrome de Estocolmo;* en: Yllo K, Bogard M; Feminist perspectives on wife abuse;. Newberry Park, Beverly Hills y Londres: Sage; 1998.

iii. Síndrome de la mujer maltratada

Se caracteriza por los sentimientos de abatimiento, miedo, vergüenza, culpa y desaliento; todo ello en detrimento de los aspectos emocionales, cognitivos, motivacionales y conductuales de la vida de las mujeres en situación de violencia. Estos sentimientos se manifiestan en perspectivas aterradoras e inmovilizantes sobre el futuro y en repercusiones en el bienestar físico. Este síndrome se establece generalmente ante las siguientes condiciones:

- Haber pasado al menos dos veces por el ciclo de violencia.
- Presentar el síndrome de indefensión aprendida.
- Sujeción consciente o inconsciente a las creencias tradicionales respecto al rol de género.
- Aislamiento social[51].

Todos estos efectos de la violencia intrafamiliar, afectan sin duda la capacidad de culpabilidad de las mujeres que los padecen. Por lo tanto, la defesa deberá indagar si su defendida ha sufrido violencia intrafamiliar, y en su caso, si ella participó en el delito bajo una situación de coacción.

Ejercicio 8

Indique de qué forma podrían influir los efectos de la violencia intrafamiliar en la comisión de un delito.

Elabore una estrategia de defensa tomando en cuenta estos aspectos.

¿Cómo los demostraría en juicio?

51 Jorge Corsi (Comp.); *Violencia familiar, Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social;* Buenos Aires, Paidós; 1999.

3. Violencia sexual

La violencia sexual se registra en todos los países y tiene efectos muy profundos en la salud física y mental. Las muertes consecutivas a actos de violencia sexual pueden deberse al suicidio, la infección por el VIH o el asesinato (que ocurre como parte de la agresión sexual, o con posterioridad a ella, como los asesinatos por cuestiones de "honor"). La violencia sexual también puede afectar profundamente al bienestar social de las víctimas, ya que pueden ser estigmatizadas y aisladas por su familia y otras personas.

La violación puede gratificar sexualmente al agresor, aunque muchas veces el objetivo subyacente es una expresión de poder y dominio sobre la persona agredida. En muchos casos, la violación de mujeres y hombres se usa como un arma de guerra, como una forma de ataque al enemigo que simboliza la conquista y la degradación de las mujeres o de los combatientes varones capturados. También puede usarse para castigar a las mujeres por transgredir las normas sociales o morales, como las que prohíben el adulterio o embriagarse en público. Las mujeres y los hombres también pueden sufrir violaciones cuando están detenidos por la policía o encarcelados.

Aunque la violencia sexual puede ejercerse tanto contra los hombres como contra las mujeres, en este trabajo se centrará la atención en las diversas formas de violencia sexual contra la mujer.

a. Definición

La violencia sexual se define como: todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de ésta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos los centros de detención. La coacción puede abarcar una amplia gama de grados de uso de la fuerza. Además de la fuerza física, puede entrañar la intimidación psíquica, la extorsión u otras amenazas, como la de daño físico. También puede ocurrir cuando la persona agredida no está en condiciones de dar su consentimiento, por ejemplo, porque está ebria, bajo los efectos de un estupefaciente o dormida, o es mentalmente incapaz de comprender la situación.

La violencia sexual incluye la *violación*, definida en el Código Penal como yacer con mujer utilizando la violencia física u otros medios de coacción. El intento de realizar algunas de las acciones mencionadas se conoce como *intento de violación.* La violación de una persona llevada a cabo por dos o más agresores se denomina *violación múltiple.* La violencia sexual incluye también lo que la legislación guatemalteca define como abusos deshonestos, que son otras formas de agresión sexual distintas del acceso carnal.

b. Incidencia de la violencia sexual en contra de mujeres detenidas

Un estudio reciente demostró que las mujeres detenidas sufrían de diferentes tipos de agresiones por parte de la policía, desde el robo de sus pertenencias hasta tortura. Un informe elaborado por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales evidenció la existencia de un patrón de tortura sexual en contra de mujeres detenidas[52]. En julio del 2005 se entrevistó a 154 de las 205 muje-

52 ICCPG; Cifras de impunidad en el crimen policial contra mujeres; Guatemala; 2005.

res[53] que guardaban prisión preventiva en el centro de detención preventiva Santa Teresa, en ese momento.

Los resultados fueron los siguientes: en un 94% de los casos las mujeres fueron ingresadas en las Comisarías u otras instalaciones de la Policía Nacional Civil. En estos lugares ocurrió el 49% de los abusos denunciados. Veintidós (29%) mujeres entrevistadas dijeron que fueron desnudadas y que se les hicieron registros anales, vaginales y les sacaron fotografías sobre sus cuerpos desnudos[54]. Así lo señaló una de las entrevistadas: "*Yo engrilletada con las manos para atrás, me dijo que yo llevaba droga, me quitó el pantalón, mi ropa interior y me metió el dedo en la vagina 3 veces*"[55].

52 mujeres denunciaron haber sido víctimas de actos de tortura, esto equivale a un 34% del total de mujeres entrevistadas. El 73% de estos actos de tortura se relacionan directamente con violencia sexual, y aún en el 27% restante que se refieren a tortura para obtener información. En algunos casos la violencia sexual fue uno de los hechos narrados dentro de otros, como colgamientos, toques eléctricos, asfixia, etcétera[56]. Los siguientes relatos ilustran este tipo de prácticas:

"Me llevaron a la DG[57], me encerraron con 4 hombres en un cuarto, me sentaron y me pusieron una grabadora y dijeron lo que ellos querían escuchar. Empujones y jalones de pelo, me encañonaron en la cabeza con una escopeta". (Mujer detenida por secuestro)"[58].

"El policía me agarró a patadas, me pusieron una bolsa en la cabeza y me metieron en una pila de agua y me dijeron que les entregara los muchachos que estaban escondidos, y cuando dije 'no sé nada', más me metían a la pila. Me desnudaron y registraron. (Mujer detenida por homicidio)"[59].

"Un policía dentro de la comisaría me desnudó para ver si tenía tatuajes, y dijo que si no me dejaba, me iban a llevar a Santa Teresa o si le daba la gana me dejaba muerta por ahí. Me apretó una cadena en el cuello y me gritaba "¡Ladrona decí! Pidieron Q250.00, si no me dejaban muerta; les supliqué. (Mujer detenida por el robo de una blusa en una maquila)"[60].

45 mujeres denunciaron haber sufrido tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, 29% de las mujeres entrevistadas. En estos casos la violencia sexual se manifestó como hostigamiento sexual: hacer que se desnuden, tocamientos o manoseos sexuales, comentarios o propuestas sexuales.

63 mujeres, 43%, denunciaron los hechos, de éstos solamente uno está en investigación por el Ministerio Público. En ninguno de estos casos las autoridades han sido sancionadas ni administrativa ni judicialmente.

En cuanto a esta situación, la defensa pública penal juega un papel de fundamental importancia para la vigencia de los derechos humanos de las mujeres, ya que son el primer contacto con las mujeres privadas de libertad, por lo que deben verificar si

53 Las mujeres detenidas son en su mayoría guatemaltecas, ladinas, jóvenes, pobres, madres solteras, sin educación formal.
54 Ibid.
55 Ibid.
56 Ibid.
57 Dirección General de la Policía Nacional Civil.
58 Ibid.
59 Ibid.
60 Ibid.

han sufrido violencia por parte de los agentes de seguridad y, de ser así, proceder a documentarla y denunciarla[61].

En el caso de las mujeres, el derecho internacional de derechos humanos, define toda violencia o amenaza de violencia sexual en situación de detención, por agentes del Estado, como tortura. Como señaló el primer relator especial de las Naciones Unidas sobre tortura para Guatemala: "La violación y otras formas de agresión sexual contra las mujeres detenidas son una violación especialmente ignominiosa de la dignidad intrínseca y del derecho a la integridad física del ser humano, en consecuencia constituyen un acto de tortura."[62]

61. En este sentido ver Infra.
62. Primer Relator Especial de las Naciones Unidas Sobre Tortura, Kooijmans. Documento de la ONU E/CN.4/1992/SR.21, Párr.35.

Capítulo II

Determinación de la estrategia de defensa

Objetivo

Dotar a los defensores y las defensoras del Instituto de la Defensa Pública Penal, herramientas que permitan la utilización de la estrategia de defensa con enfoque de género en casos de mujeres en conflicto con la ley.

INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se analiza cada uno de los pasos para elaborar una estrategia del caso. En una primera parte se analizan los tres elementos de la teoría del caso, los hechos, las pruebas y el derecho. En una segunda parte se examinan las medidas de coerción. Se hace énfasis en las medidas de coerción porque en el sistema de justicia guatemalteco, la mayoría de personas privadas de libertad se encuentra en prisión preventiva (alrededor de 40,000 al año frente a 4,500 condenados, en el caso de las mujeres hay un promedio de 2,000 detenidas y 200 condenadas). Por lo que es un tema fundamental para el ejercicio de la defensa.

A. Marco de referencia

El sistema de justicia penal dota a la defensa de una serie de facultades que le permiten proteger los derechos e intereses de las personas sujetas a proceso penal[1] sin distinción alguna, debiendo actuar en todo momento con libertad y diligencia, de conformidad con la ley, las reglas y normas éticas reconocidas que rigen la profesión (PBsFA, Principio 2, 14, 15).

Dentro de ese marco los abogados/as tienen la obligación de ejercer lealmente la defensa de los intereses de sus patrocinados/as, conforme lo establecido por el sistema jurídico, haciendo valer todos los mecanismos que permitan una defensa eficiente de los derechos y libertades de la persona defendida.

En el proceso penal la defensa cumple tres funciones centrales:

Asesora: consiste en brindar a su defendida la orientación respectiva en relación con sus derechos y obligaciones, así como, referida al funcionamiento del ordenamiento jurídico, en tanto sea pertinente a la defensa (PBsFA, Principio 13);

Contralora: consiste en verificar que los actos desplegados en el sistema de administración de justicia y la decisiones que restringen derechos y libertades se encuentren enmarcadas dentro de los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico; y,

Propositiva: consiste en promover acciones tendientes al esclarecimiento del hecho y a la solución del caso.

El ejercicio de dicha actividad exige que la defensa defina la posición más adecuada a los derechos e intereses de su patrocinada. Dicha situación coloca a la defensa frente a dos posibilidades: el desarrollo de una estrategia de defensa vinculada a la imputación y/o el establecimiento de estrategias relacionadas a la operativización del sistema de garantías.

En ambas posibilidades es necesario que la defensa tome contacto inmediato con el análisis del caso y se entreviste con la persona sujeta a proceso penal.

Luego del análisis del caso, es conveniente que la defensa defina con su patrocinada la posición que será adoptada, a fin de establecer conjuntamente la estrategia a seguir, y orientarla en mejor forma en relación con los derechos y obligaciones que le otorga el ordenamiento jurídico. Lo anterior re-

1 Principios Básicos sobre la Función de los Abogados aprobados por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

viste vital importancia, dado que el ejercicio de la defensa material de la imputada puede ejercerse autónomamente, y, en consecuencia, perjudicar la estrategia de la defensa técnica.

El establecimiento de una posición inicial frente al caso que se le atribuye a la imputada, permite prever en mejor forma los resultados que pueden obtenerse a partir de la sustanciación del caso, e incluso, poder variar oportunamente la estrategia frente a la actividad desplegada por el titular de la acción penal –fiscal y querellante adhesivo en el caso de delitos de acción penal pública y querellante autónomo en el caso de delitos de acción penal privada–; o las desviaciones en aplicación del derecho.

B. Facultades defensivas frente a la imputación

1. Aspectos normativos de la imputación

La imputación es la descripción de los hechos que se le atribuyen a la persona procesada, la calificación jurídica de los mismos y las pruebas que lo sustentan. Constituye el elemento central del procedimiento penal y la base sobre la cual se estructura todo el poder punitivo del Estado. En ausencia de ésta, es ilegal la restricción de cualquier derecho de la imputada e incluso la práctica de diligencias de investigación.

A partir de los actos iniciales del proceso –denuncia, querella prevención policial o conocimiento a instancia del Ministerio Público– o la aprehensión, se exige como requisitos esenciales de ésta:

- La descripción del hecho,
- Las pruebas que sustentan el hecho y
- La relevancia jurídico penal.

En *el procedimiento preparatorio,* la imputación constituye un límite, sumamente maleable y mutable, que sirve al Estado para justificar el ejercicio de la persecución penal (CPP, art. 2); y opera como una garantía para la persona que es sindicada de un hecho delictivo; puesto que no se puede ejercer la persecución penal si únicamente se consigna o se le da a conocer a la persona el *nomen iuris* del hecho delictivo, ya que con ello se estaría lesionando la garantía de defensa de las personas. Es por ello, que la imputación debe hacerse sobre el hecho fáctico con la indicación del tiempo, lugar y modo conocidos (CPP, art. 81), a efecto de que la imputada pueda ejercer eficientemente su derecho a defenderse.

El objeto del juicio se fija en *el procedimiento intermedio.* El conocimiento de la imputación, en esta fase procesal, se da a través de la notificación de la acusación (CPP, art. 335), en donde se fija la relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se le atribuye a la acusada (CPP, art. 332.2) y la acusación alternativa, en su caso (CPP, art. 333).

A la acusada y su defensa se le debe notificar el requerimiento de acusación hecha por el Ministerio Público (CPP, art. 335), con el objeto de que puedan controlarla dentro de un plazo de seis días y señalar los vicios formales en que incurre la acusación (CPP, art. 336.1); plantear excepciones u obstáculos a la persecución penal y civil (CPP, art. 336.2); formular objeciones contra el requerimiento del Ministerio Público y requerir sobreseimiento, clausura o el archivo (CPP, art. 336.3); y, requerir que el o la juez practique medios de investigación omitidos, manifiestamente pertinentes y propuestos que sean decisivos para rechazar el requerimiento de apertura del juicio o conduzca directamente al sobreseimiento (CPP, art. 332.4.).

Finalizado el plazo de seis días para controlar la acusación, la judicatura citará a una audiencia para recibir los medios de investigación consignados en 336.3 y 337.5 del Código Procesal Penal, ocasión en que las partes podrán concluir sobre sus pretensiones (CPP, art. 340).

Esta audiencia sirve como mecanismo de control de la acusación, permite operativizar la inmediación del juez frente al caso (LOJ, art. 68); sin embargo, esta garantía se ve lesionada por lo dispuesto en el art. 340 4to. párrafo, que limita no sólo el principio de inmediación sino, además, el de contradictorio al supeditar la audiencia a la producción únicamente de pruebas que no sean documentales.

El *auto de apertura del juicio* constituye el acto procesal donde se fija el objeto del juicio; es decir, los hechos fácticos sobre los cuales la imputada y su defensa deben plantear su estrategia; ya que en él se definen las modificaciones con que se admite la acusación (CPP, art. 342.2) y la designación de los hechos que no se admiten (CPP, art. 342.3) cuando la acusación hubiere contenido varios hechos.

El conocimiento de la imputación se da a través de la notificación del auto de apertura del juicio a la acusada y a su defensa (CPP, art. 344).

A partir de este momento la imputación adquiere una rigidez mayor. No se pueden variar los hechos fácticos sobre los cuales se abrió a juicio, sin embargo, la defensa puede, en la preparación del debate, provocar el sobreseimiento, cuando hiciera evidente la existencia de una causa extintiva de la persecución penal, una causa de justificación o la inimputabilidad de la acusada que haga innecesario el debate (CPP, art. 352 1er. párrafo) o bien, el archivo de las actuaciones cuando fuere evidente que no se puede proceder (CPP, art. 352 2do. párrafo).

En *el juicio*, el conocimiento de la imputación se da al momento de la lectura de la acusación y del auto de apertura del juicio (CPP art. 368) previo a la declaración de la acusada, cuando el presidente del tribunal le hace saber el hecho que se le atribuye (CPP, art. 370).

Si durante el desarrollo del debate se produce la ampliación de la acusación (CPP, art. 373 1er. párrafo) o la advertencia de sobre la posible modificación de la calificación jurídica (CPP, art. 374), el presidente del tribunal procederá a recibir nuevamente declaración a la imputada y en consecuencia, el presidente del tribunal debe informarle detalladamente sobre las variaciones del hecho y la imputación concreta que se le formula (CPP, art. 370).

En el procedimiento abreviado, el conocimiento de la imputación se da con la admisión del hecho descrito en la acusación (CPP, art. 464) por parte de la imputada y su defensa; y, en la audiencia que fije la judicatura para escuchar a la procesada (CPP, art. 465), donde le debe informar el hecho fáctico que se le imputa (CPP, art. 81).

Respecto de los juicios por delitos de acción privada, el conocimiento de la imputación se da al momento de la notificación de la querella (CPP, art. 477); y, cuando se proceda a tomarle declaración (CPP, art. 480 2do. párrafo), en virtud de la aplicación de las reglas comunes (CPP, art. 81).

La falta de intimación o del conocimiento de la imputación precisa y circunstanciada en relación con el tiempo, lugar y modo, conduce a la limitación del derecho de defensa porque no se le ha dado a la imputada o acusada la posibilidad de conocerla y preparar su defensa; además, por ser parte integrante de un derecho constitucional (CPR, art. 12) no puede ser valorada para fundar una decisión en su contra (CPP, arts. 91, 281) en virtud de un vicio absoluto (CPP, art. 283).

Cuando la omisión de informar a la acusada el hecho que se le imputa se produjera durante el debate o en la ampliación de la acusación, extensivo a la advertencia de oficio de la modificación de la calificación jurídica, se está frente a un defecto por la inobservancia en la aplicación de la ley, lo cual constituye un defecto en el procedimiento (CPP, art. 419.2), en atención a que se vicia la intervención del acusado en el debate (CPP, art. 420.3) y la sentencia resulta viciada por falta de enunciación de los hechos imputados (CPP, art. 394.2). Por ello, es un vicio de los que no requieren protesta previa (CPP, arts. 420.3; 420.5).

2. Análisis de la imputación

a. Elementos de la imputación

Como ya se ha advertido, la imputación exige un relato fáctico susceptible de ser verificable y relevante para el derecho penal. Dicha característica exige que la defensa efectué un análisis de la imputación en tres dimensiones:

- El análisis del relato fáctico (hechos);
- El análisis del material probatorio que sustenta el relato fáctico (prueba)
- El análisis de la relevancia jurídica del relato fáctico que es acreditado.

Entre estas tres dimensiones debe existir una relación necesaria. Es decir, para el derecho penal no sería admisible la existencia de un relato fáctico que sea relevante jurídicamente, si aquél no se encuentra sustentado en pruebas; y menos, una calificación jurídica que carezca de una descripción fáctica acreditada.

Un aspecto importante que debe tenerse en consideración, dependiendo del momento procesal, es el carácter de inmutabilidad que adquiere la imputación al momento de dictarse el auto de apertura a juicio, es en este acto procesal, en el que quedan definitivamente fijados los hechos que serán sometidos a juicio. A partir de dicho acto procesal solamente es admisible la ampliación de la acusación por la incorporación de nuevos hechos o circunstancias que mantengan intacto el núcleo de la imputación y la advertencia para la modificación de la calificación jurídica sobre el mismo material fáctico.

Debido a lo anterior, el análisis minucioso de la imputación se torna indispensable desde el momento en que la defensa asume el caso.

El análisis de estas dimensiones requiere de herramientas propias que le darán a la defensa, según sea el momento procesal y el tipo de procedimiento, el grado de sostenibilidad de la tesis sustentada por el Ministerio Público, y, en consecuencia, el nivel de certidumbre en relación con la amenaza de una sanción penal.

b. Análisis del relato fáctico

La aplicación del derecho exige que exista una descripción fáctica sustentable probatoriamente, que sea relevante para el derecho.

El relato en el proceso penal cumple tres funciones. Una función de garantía para la imputada, una función orientadora para la investigación y actividad probatoria; y, una función determinante para la aplicación de la norma jurídica.

Debido a lo anterior las legislaciones han adoptado la fórmula de exigir que el relato contenga una descripción precisa y circunstanciada del hecho en relación con el tiempo, lugar y modo.

En el procedimiento ordinario el análisis fáctico se efectúa sobre:

- Los actos introductorios –denuncia, querella, prevención policial, acto que documenta la iniciativa fiscal– cuando aún no se ha dictado el auto de procesamiento;
- El auto que dicta las medidas de coerción (prisión preventiva, medida sustitutiva);
- El auto de procesamiento y las ampliaciones al mismo, cuando la causa se encuentra en la etapa de investigación, hasta antes de que el Ministerio Público formule el requerimiento conclusivo;
- La acusación durante el procedimiento intermedio;
- El auto de apertura a juicio y la acusación cuando el o la juez ha tomado la decisión de apertura a juicio; y,
- La acusación, el auto de apertura a juicio, la ampliación de la acusación y la sentencia;

La intencionalidad del análisis de la relación fáctica es diferente en cada momento procesal, no obstante, como regla general, el análisis debe tener por objeto la depuración de los hechos que le son atribuidos a la imputada y precisar la estrategia a seguir para contrarrestar la tesis del Ministerio Público.

El análisis del material fáctico consiste en la extracción del relato de aquellos elementos esenciales de la hipótesis fijada por la fiscalía a fin de determinar si los hechos son susceptibles de verificación –prueba–.

La defensa debe construir su propia hipótesis del caso, ya sea para demostrar que la tesis del Ministerio Público no ha sido adecuadamente probada, o para demostrar que la persona no participó en el hecho o, que si participó puede alegar a su favor una causa de justificación o de inculpabilidad.

En términos generales, los elementos fácticos están referidos a circunstancias de lugar, tiempo y modo en que los hechos fueron cometidos.

Para fijar una posición frente al caso la defensa deberá identificar al menos los siguientes elementos:

Lugar: Este elemento es importante porque permite determinar el ámbito espacial en que se ejecutaron las acciones y resultados. No existe hecho que no tenga un ámbito territorial en el que se haya cometido. Para la defensa este elemento es importante porque permitiría además fijar una estrategia defensiva orientada a la legitimidad del tribunal para conocer el caso –competencia territorial–, así como para establecer la estrategia de probatoria, principalmente, cuando ésta se refiere a testigos.

Tiempo: Este elemento es importante porque permite circunscribir la conducta a un ámbito temporal. El tiempo de la comisión del hecho es un elemento que permite a la defensa fijar una posición frente a la actividad probatoria, así como definir una estrategia de defensa orientada a la aplicación de la ley penal –retroactividad de la ley– o prescripción de la acción.

Sujetos: La determinación de los sujetos es importante porque en algunas ocasiones el hecho delictivo establece condiciones especiales o características determinadas del autor o de la víctima. Independientemente, en la relación fáctica, tanto víctima como victimario deben estar claramente determinados. En el caso de mujeres sujetas a proceso penal, como se detalla a continuación, este elemento es fundamental, ya que

la defensa debe establecer si existía alguna relación afectiva entre la imputada y la víctima que hubiese podido influir en la comisión del hecho delictivo o, si existían relaciones de poder entre la imputada y otros posibles procesados que pudieran fundamentar una causa de inculpabilidad.

Acción u omisión humana: Este elemento constituye el núcleo de la actividad procesal: al derecho le interesan solamente aquellas acciones y omisiones humanas que sean relevantes para el sistema jurídico. Debe ponerse especial atención a la descripción de las acciones que, en delitos complejos, requiere que se describa el conjunto de acciones u omisiones desplegadas por la autora para verificar si le son atribuibles. En este elemento, en el caso de mujeres en conflicto con la ley penal, es necesario verificar si el hecho que se le atribuye, coincide con el rol que genéricamente se le asigna a las mujeres o es posible, que en el caso concreto, se le imputen hechos en los que es altamente improbable que ella hubiera participado, ya que de acuerdo con su posición en la comunidad no le correspondería realizar estas conductas. Por ejemplo, sería poco creíble que a una mujer se le imputara haberle roto dos brazos a un varón y una pierna a otro en una riña sin armas, a menos que el Ministerio Público demostrara que tiene estudios especiales de artes marciales o es una notable deportista.

Resultado: (Solamente en los casos en los que el tipo penal lo exija). Este elemento es importante para determinar el grado de consumación del hecho. En caso de que este elemento no se encuentre descrito o carezca de sustento probatorio, la defensa puede fijar una estrategia orientada a exculpar a su defendida; o al menos, para que la calificación jurídica quede en grado de tentativa.

Nexo causal (Si la conducta fue idónea para producir el resultado) Este elemento es meramente verificador de si la conducta ha sido idónea para producir el resultado que se le atribuye a la defendida.

Dolo-Culpa: Este elemento es importante para determinar la intencionalidad de la autora. La intencionalidad siempre exige de elementos objetivables a partir de los hechos atribuidos a la imputada.

Participación: Este elemento es de especial importancia en aquellos hechos en los que hay multiplicidad de partícipes. Debe determinarse si existen descripciones para cada imputado/a del despliegue de acciones que ejecutó para la realización del hecho. En ningún caso de la realidad es posible que varios sujetos desplieguen las mismas acciones en el mismo momento.

Asimismo, debe establecerse el grado de importancia de la contribución de cada persona. Si se trata de mujeres, como se analiza en el próximo apartado, muchas veces su contribución es mínima, lo que varía su nivel de responsabilidad. Por ejemplo, en un delito de secuestro, no es lo mismo cobrar el rescate, que alimentar a la víctima.

Así, de acuerdo con una investigación realizada por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala en al menos dos casos de los analizados a mujeres detenidas convivientes de varones acusados de secuestro, se les imputó la preparación de comida y eso fue suficiente para condenarlas a 60 años de prisión como autoras del delito de plagio o secuestro. En ningún momento, se mencionó el tipo de relación existente entre estas mujeres y sus convivientes, circunstancia que hubiera permitido determinar el grado de dependencia entre los cónyuges y en consecuencia la

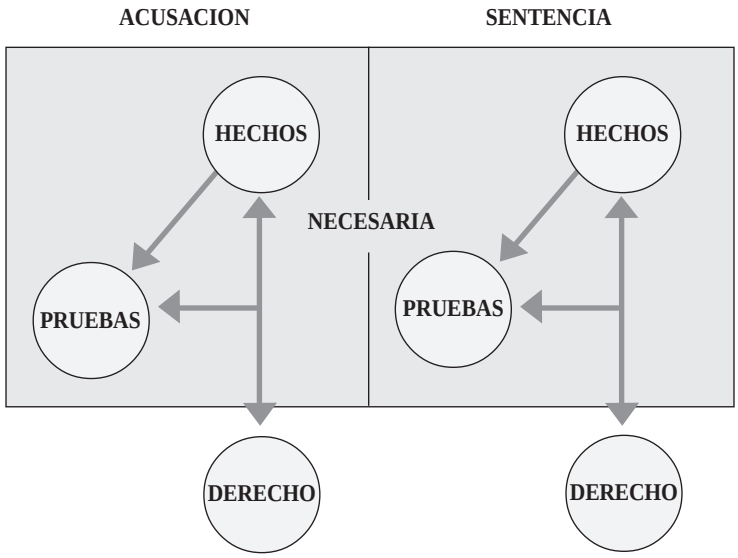
autonomía para tomar la decisión de participar en los hechos ilícitos. Tampoco se consideró su condición de madres: una de ellas, madre de tres hijos, embarazada de un cuarto y viuda (porque en el momento del operativo y tras confusos hechos, no investigados, su esposo fue muerto)[2].

Elementos normativos del tipo (Identificados de manera fáctica). Los elementos normativos son aquellas descripciones del tipo que caracterizan a los hechos delictivos y que pueden tener una definición en el ordenamiento jurídico, caso en el cual se denominarán elementos normativos jurídicos; o bien culturales, cuando carecen de una definición especial en alguna norma.

Elementos circunstanciales relevantes: Estos elementos son una herramienta para la defensa dado que a través de ellos se podría plantear una estrategia de defensa para hacer valer una causa de justificación o inculpabilidad. Normalmente estos elementos no son descritos por el titular de la acción penal, pero pueden ser incorporados por la defensa en cualquier momento del proceso.

Elementos de la punibilidad: Estos elementos son importantes para la determinación de la sanción a imponer. Normalmente no son descritos. La ausencia de los mismos tendría que dar como resultado que a la imputada se le imponga siempre la sanción mínima establecida.

El análisis de la sentencia tiene una intencionalidad distinta dado que el objetivo en relación con el material fáctico se orienta a determinar la vigencia del principio de congruencia entre acusación y sentencia.



2. Ana Lucía Morán. *Mujeres y prisión*. Guatemala, ICCPG, 2003.

La verificación del material fáctico debe permitir visualizar si la sentencia no ha incorporado otros elementos que los admitidos en el auto de apertura a juicio o en la ampliación de la acusación.

Por ejemplo, en un delito de asesinato, desde el auto de apertura a juicio se deben señalar aquellos hechos que sustentan la calificación de peligrosidad de la persona imputada, los cuales deben ser a su vez probados. Si los mismos no fueron objeto del debate no se pueden introducir en la sentencia.

En el caso de la elaboración de una estrategia de defensa con enfoque de género, las preguntas que debe hacerse la defensa para poder construir la hipótesis del caso son las siguientes:

¿Cuál ha sido el proceso de socialización de la persona defendida? ¿Tiene alguna relevancia jurídica ese proceso de socialización por los roles asumidos y practicados por esta persona en cuanto al hecho, la participación y las causas de inculpabilidad y justificación?

Estas preguntas son fundamentales, ya que permitirían determinar como se señaló, si es creíble la hipótesis del Ministerio Público o si le atribuye a la mujer una conducta incompatible con su rol dentro de la comunidad. Como se indicó en el Capítulo I los procesos de socialización influyen en el papel que cada persona desempeña en la sociedad.

Por ejemplo: a doña Luisa López, una mujer maya quiché, que reside en el municipio de Sacapulas, Quiché, la policía la sindicó del delito de siembra y cultivo de drogas, porque en el predio contiguo a su casa había sembrada amapola. La defensa en este caso argumentó que en las comunidades indígenas, las mujeres regularmente no son propietarias de la tierra, ni tienen a su cargo la decisión de los cultivos a sembrar. Este hecho se comprobó con un peritaje cultural. El Ministerio Público nunca acreditó quién era el propietario del terreno. El tribunal de sentencia acogió la argumentación y cambió la calificación jurídica de los hechos a encubrimiento.

En estos casos la defensa debe ser muy cuidadosa, ya que no se trata de afirmar que por ser mujer no tendría derecho a ser dueña de la tierra o la capacidad de decidir qué sembrar, sino que, de acuerdo a ciertas pautas culturales, las mujeres generalmente no son propietarias y son los varones quienes determinan los cultivos. Esta afirmación, que es completamente creíble, reforzaría la carga de la prueba en el Ministerio Público de demostrar que efectivamente ella era la propietaria o ella decidió que la economía familiar subsistiera con la siembra y cultivo de sustancias psicotrópicas.

¿Cuáles son las relaciones de poder entre la persona defendida y la víctima o víctimas? ¿La persona defendida tiene antecedentes de violencia? ¿Las relaciones de poder existentes o la violencia tienen alguna relevancia jurídica para explicar hechos, participación, causas de inculpabilidad y justificación?

Este segundo grupo de preguntas tiene especial relevancia en el caso de mujeres que agreden a su cónyuge, conviviente o persona con quien les une una relación afectiva. Como se analiza con mayor detalle en el próximo apartado una situación de violencia intrafamiliar, donde existe una desigualdad entre la pareja, puede fundamentar una causa de justificación, específicamente la legítima defensa.

Una situación de violencia intrafamiliar también podría afectar la calificación jurídica de los hechos variando de un parricidio a un homicidio en estado de emoción violenta, porque el miedo podría ser uno de los motivos que impulsaran a la persona a realizar la conducta típica.

¿Cuáles son las relaciones de poder entre la persona defendida y las otras personas sindicadas si fuera el caso? ¿Existen antecedentes de violencia intrafamiliar entre las personas co imputadas?

Finalmente, es necesario establecer las relaciones de poder entre las personas coimputadas. Estas pueden evidenciar que la persona defendida actuó bajo coacción. Si existe una situación de violencia intrafamiliar, el temor a ser víctima de una nueva agresión puede operar como "el miedo a sufrir un mal cierto e inminente" que justifica en la legislación guatemalteca el miedo invencible.

Estas preguntas deben tenerse presentes desde el primer momento en el que se analiza la imputación, ya que podrían justificar un cambio en la calificación jurídica (parricidio/homicidio en estado de emoción violenta) que a su vez permitiría la aplicación de una medida de coerción distinta a la prisión preventiva.

Asimismo, si se demostrara la legítima defensa, se podría lograr el sobreseimiento del caso. En otras palabras, desde que la defensa toma conocimiento del caso debe elaborar esta estrategia, ya que la misma le guiará para determinar cuáles son las acciones pertinentes en cada momento procesal.

Por último, en cuanto a lo construcción de la hipótesis del caso, la defensa debe tener presente que la finalidad es la de "narrar y persuadir", por cuanto pretende proporcionar un punto del vista al juzgador sobre un caso particular, con suficiente fundamento para lograr una decisión a su favor.

En este sentido, la descripción de los hechos ocurridos debe responder a la verdad, en gran medida por cuestiones éticas, pero además, porque estratégicamente es inconveniente crear una falsa historia de los hechos, por cuanto el entorno del juicio oral dificulta enormemente la posibilidad real de mantener, de manera consistente, una mentira.

Asimismo, se debe formular un solo relato de los hechos, ya que en el marco del juicio penal, sostener distintos relatos irá en desmedro de la credibilidad del caso planteado. Sólo se podrá defender un relato, lo que obliga a tomar opciones estratégicas y postularse por ellas. Por ejemplo, en el caso de un parricidio, la defensa *no* podría alegar lo siguiente: *"lo cierto es que la imputada no estaba en el lugar de los hechos en el momento del parricidio; ahora si se prueba que estaba en el lugar de los hechos, ella no fue quien disparó el arma; pero si se prueba que ella le quitó la vida, entonces lo hizo en legítima defensa; ahora bien, si no se logra acreditar la legítima defensa, entonces mi defendida actuó bajo miedo invencible"*.

Ejercicio 1

Caso:
Juana López, es una mujer de sesenta años, madre de diez hijos, subsiste de la venta de tortillas. Vive con su esposo y ocho de sus hijos en un barrio marginal. El menor de sus hijos ha ingresado a una pandilla juvenil, lo cual le ha causado sufrimientos y desvelos a su madre y a toda la familia. Con una orden de juez, allanan su casa y encuentran varias bolsitas de marihuana (tres libras). Al ser la única persona presente en la casa le acusan por "comercio, tráfico y almacenamiento ilícito.

Ella argumenta que no sabe de dónde salió la droga.

Instrucciones:

Seleccione una hipótesis y elabore el relato del caso.

c. Análisis de la actividad probatoria

La actividad defensiva frente a la actividad probatoria dota a la defensa de la potestad de controlar la producción de la prueba y de producir prueba en el proceso penal.

El derecho a controlar la prueba surge a partir del momento en que la persona sea sindicada de un hecho delictivo (CPP, art. 254); o bien, a partir del primer acto que se dirija en contra de una persona (CPP, art. 71); y se extiende durante todo el procedimiento penal.

En este sentido, la defensa y la imputada tienen derecho a conocer personalmente todas las actuaciones, documentos y diligencias penales, sin reserva alguna y en forma inmediata (CPP, art. 14 2do. párrafo); y previo a la primera declaración (CPP, art. 81) el o la juez tiene la obligación de indicarle los elementos de prueba existentes.

El control de la prueba constituye un elemento imprescindible para operativizar la garantía de defensa en juicio, ya que permite a la imputada o acusada aminorar o atenuar la imputación que se le formula; es decir, el conocimiento de la prueba existente en el proceso permite preparar una defensa eficiente (CADH, art. 8.2.c.).

De ahí, también, la necesidad de que la procesada conozca la imputación: cuando la persona ignora o tiene dificultad para expresarse en el idioma del tribunal debe proveérsele de un traductor o intérprete (CPP, art. 141). En el caso de mujeres indígenas sometidas a proceso penal este es un elemento de fundamental importancia, ya que no sólo el castellano no es su lengua materna, lo que de por sí justificaría la actuación de un intérprete, sino que en muchas ocasiones no comprenden y no se expresan adecuadamente en este idioma.

En el control de la prueba, la imputada siempre debe estar asistida por un/a defensor/a; esto forma parte integrante del derecho de defensa. Por ello, es errónea la discrecionalidad que algunas normas dan a la participación de la defensa en la asistencia a la imputada durante la producción de la prueba (CPP, art. 197 2do. párrafo).

Así también, en los casos en que se omite dejar en claro la facultad que tienen la imputada y la defensa en controlar los actos irreproducibles (CPP, art. 320). En este sentido se subraya que para que una prueba sea reproducida en juicio debe ser controlada en su producción, requisito que debe cumplirse a efecto de su incorporación en el debate y el respeto a la inviolabilidad de la defensa (CPR, art. 12).

Cuando para el caso no hubiere persona imputada determinada, la función de control de la prueba la ejerce un/a abogado/a designado para el efecto. Este requisito, si bien es un límite para el Estado, permite hacer viable la garantía de juicio legítimo (CPR, art. 12; CPP, art. 4), en el cual la prueba que se produce siempre debe ser controlada aún y cuando no se haya determinado a la persona imputada.

El control de la prueba se ejerce de distintas formas.

En *la etapa preparatoria*, la imputada y la defensa tienen derecho de interrogar a los testigos (8.2.f. CADH) o peritos propuestos por la contraparte cuando éstos son llamados a declarar. Así también se da con la posibilidad que tiene de proponer temas para las peritaciones que ordene la judicatura o tribunal (CPP, arts. 230, 243).

Para el caso de las llamadas *pruebas anticipadas*, la defensa y la imputada deberán presenciar el acto con el objeto de que las mismas puedan ser incorporadas al debate (CPP, arts. 248, 317).

Respecto de lo anterior, la imputada y la defensa pueden acudir a la práctica de los medios de investigación que realice el Ministerio Público (CPP, art. 316), sin restricción; y, éste permitirá su asistencia; así también, pueden hacer las observaciones pertinentes, previa autorización de quien preside el acto.

En *el procedimiento intermedio* se produce no sólo el control de la acusación (CPP, art. 332.2); sino, además, el control de los medios de investigación que la fundamentan (CPP, art. 332.3); por ello es de suma importancia que se provoque la audiencia de procedimiento intermedio que es donde en forma concentrada se produce un control efectivo sobre el requerimiento fiscal.

Respecto de esta audiencia, es preciso que la imputada y su defensa acudan a la audiencia y se deseche la discrecionalidad de que la acusada sea representada por su defensor/a. Esto, con el propósito de que se haga efectiva la defensa técnica y material a que tiene derecho toda persona y que el Estado se encuentra obligado a garantizar y operativizar.

Esto permite la concentración de la prueba y el contradictorio respecto de los medios de investigación en que se apoya la acusación.

En el juicio, el control de la prueba se ejerce durante el desarrollo del debate, donde tiene la oportunidad de interrogar y contrainterrogar a los peritos (CPP, art. 376) y testigos (CPP, art. 377), así como de controlar los demás elementos de prueba (CPP, art. 380 CPP).

Respecto de las pruebas que se producen en el debate, es preciso hacer referencia a las que pueden ser incorporadas por su lectura. Las normas procesales, en este sentido, son muy amplias y autorizan que se introduzcan por lectura, medios de investigación que fueron practicados en la fase preparatoria. Con ello se corre el riesgo de desvirtuar la naturaleza del juicio e incorporar prueba que no ha surtido ningún control en su producción.

Si bien, en el proceso penal, la carga de la prueba la tiene la parte acusadora «Ministerio Público y querellante». La imputada tiene derecho a producir o requerir que se practiquen medios de investigación en su favor. Especialmente si se alega una causa de justificación o de inculpabilidad.

Durante *el procedimiento preparatorio* corresponde al Ministerio Público practicarla cuando la considere pertinente y útil; caso contrario la rechazará y dejará constancia de ello. Esta facultad es susceptible de ser controlada por la defensa y la imputada, quien puede requerir al juez de Primera instancia que califique su utilidad y pertinencia (CPP, art. 315; LOMP, art. 49).

En *la etapa intermedia* la imputada o acusada y su defensor/a pueden producir medios de investigación omitidos por el Ministerio Público y requerir al juez que los practique con el propósito de buscar que la acusación sea rechazada (CPP, art. 336.4).

Una *vez abierto a juicio,* la defensa o la acusada pueden proponer medios de prueba para que se reproduzcan en el debate dentro de un plazo de 10 días contados a partir de la notificación (CPP, art. 344); y, posteriormente a la resolución de los incidentes (CPP, art. 346), indicar la lista de testigos, peritos e intérpretes a examinar en el debate (CPP, art. 347).

La facultad de producir prueba en la fase cognitiva no se agota e incluso, puede, durante el desarrollo del debate, proponer nuevas pruebas (CPP, art. 381).

El análisis de la actividad probatoria se efectúa a partir de las características que requiere el marco normativo para la producción y valoración de la prueba.

Según el marco normativo, la prueba debe reunir cuatro características:

Útil: La prueba útil será aquella que sea idónea para brindar conocimiento acerca de lo que se pretende probar, es decir, será un medio de prueba útil si permite conocer un elemento del hecho que se le atribuye a la imputada.

Pertinente: La prueba será pertinente si acredita la existencia de un elemento del hecho que se pretende demostrar.

No abundante: Una prueba será abundante cuando su objeto haya quedado suficientemente comprobado a través de otros medios de prueba.

Legal: La prueba debe ser obtenida a través de medios permitidos e incorporada de conformidad a lo dispuesto en la ley (más adelante se desarrollará este punto).

La defensa puede provocar la exclusión probatoria si es considerada *inútil, impertinente, abundante e ilegal.*

Para determinar si una prueba amerita su exclusión, la defensa debe verificar si ésta demuestra un elemento del hecho delictivo, con lo cual la prueba sería útil y pertinente.

El análisis de suficiencia se da a partir de verificar que no existan demasiados medios de prueba que verifiquen la existencia del mismo elemento del hecho. Por ejemplo, para acreditar el parentesco entre la procesada y la víctima bastaría con una certificación del registro civil, sería abundante incluir testigos de la boda.

En esencia dentro del proceso penal existen solamente tres medios de prueba: la prueba pericial, la prueba testimonial y la prueba documental, el objetivo de la actividad de investigación está orientado a su acopio.

Tipo de prueba	Hecho que demuestra	Util	Pertinente	No abundante	Legal
PERICIAL					
TESTIMONIAL					
DOCUMENTAL					

En el caso de las mujeres sometidas a proceso penal la prueba pericial cobra especial relevancia. En el ejemplo anterior, se destacó cómo una pericia antropológica facilitó que el defensor demostrara que de acuerdo a ciertas pautas culturales era altamente improbable que la mujer hubiera asumido un determinado rol.

De la misma manera, en el caso de violencia doméstica el peritaje psicológico es fundamental para establecer si la mujer se encuentra dentro de un ciclo de violencia intrafamiliar que haya influido en los hechos, de tal forma que sea posible variar su calificación jurídica o alegar una eximente responsabilidad penal.

La defensa debe entonces conocer el ciclo de la violencia intra familiar y sus efectos para poder solicitar al experto los puntos sobre los que debe versar su pericia.

Ejercicio 2

Caso:
Ana Pérez Lira, de 34 años, guatemalteca, enfermera, soltera, con domicilio en el departamento de Guatemala, reside en la 20 calle 5-23 zona 3 de esta ciudad. Se identifica con la cédula A-1 746698 extendida por la Municipalidad de esta ciudad capital de Guatemala.

Está siendo sindicada de haber asesinado a su padrastro.

De conformidad con la información suministrada por su defendida, ella admite haber dado muerte a su padrastro, atestándole un puñal en el estómago tal y como indica el informe forense.

Ella indica que el día de los hechos, su padrastro estaba borracho e intentó abusar sexualmente de ella tal y como lo había hecho desde que ella era niña. Pero ese día, ella no sabe porqué no sintió miedo como todas las veces, sino que sintió una furia enorme que la encegueció y como estaban en la cocina y tenía cerca un cuchillo se lo hundió en el estómago[3].

Instrucciones: En este caso, seleccione una hipótesis, elabore el relato del hecho, e indique con qué pruebas demostraría cada una de las afirmaciones.

3 Caso elaborado por el Programa de Justicia Penal y Género del ICCPG para el proceso formativo con el Instituto de la Defensa Pública Penal.

d. Análisis de la relevancia jurídica

El análisis de la relevancia jurídica se centra en establecer en qué figura jurídica encajan los hechos y si existen circunstancias que modifiquen o excluyan la responsabilidad penal. El análisis de los hechos y su concordancia con el derecho se realiza utilizando las herramientas de la teoría del delito.

La teoría del delito es el método que se ha desarrollado para que la decisión de las judicaturas sea lo menos arbitraria posible. Hay tres preguntas iniciales al abordar un caso penal: ¿Se trata de un hecho ilícito? ¿Es la persona autora de este hecho? ¿Qué defensas (causas de justificación y causas de inculpabilidad) se pueden argumentar? Estas preguntas conducen a lo que se conoce como niveles estratificados o niveles analíticos de la teoría del delito (acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad).

Es importante que la defensa se prevenga de la probabilidad de que la judicatura no conozca o no maneje el lenguaje de la teoría del delito, esto no justifica que la confusión de la judicatura se traslade a la defensa. Por ello, a la vez que la defensa encuentra la mejor estrategia, debe cuestionarse ¿cuál será la mejor manera de plantearla a este tribunal?

Acción	Conducta humana significativa en el mundo exterior que es dominada o al menos dominable por la voluntad.	No son acciones los pensamientos Tampoco son acciones los movimientos, reflejos, fuerza física irresistible (art. 25.2 CP) o estados de inconsciencia absoluta.
Tipicidad	La acción debe ser típica, es decir, debe coincidir con la descripción del delito contenida en la norma penal.	
	Tipo objetivo: aspecto externo de la conducta.	Se excluye o modifica la tipicidad cuando falta algún elemento de la descripción.
	Tipo subjetivo: elemento interno de la conducta: dolo o imprudencia (arts. 11 y 12 del CP).	Se excluye el tipo subjetivo cuando el sujeto actúa en error de tipo porque desconoce algún elemento esencial de la parte objetiva de la descripción de la figura delictiva.
Antijuricidad	La acción debe ir en contra del ordenamiento jurídico. Por lo general lo es con la tipicidad, pero es necesario examinar en todo el ordenamiento si no existen "permisos" o causas de justificación.	Se excluye la antijuricidad si concurre alguna causa de justificación: legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber
Culpabilidad	Reproche que se le hace al autor de un delito por haber actuado de esta manera pudiendo actuar de una forma distinta.	
	Capacidad de culpabilidad: mayor de edad, imputable.	Inimputabilidad: menor de edad, trastorno mental transitorio, enfermedad mental, desarrollo psíquico incompleto (art. 23 CP).
	Conocimiento de la prohibición.	Error de prohibición: desconocimiento de la norma penal.
	Exigibilidad de la conducta.	Causas de inculpabilidad (miedo invencible) (art. 25.1 CP)

A continuación se desarrollará brevemente el esquema para la resolución de casos tomando como base el elaborado por Enrique Bacigalupo[4]. Se pondrá especial atención a aquellas categorías en la teoría del delito donde se considera que es fundamental el enfoque de género, especialmente dentro de las causas de justificación, y en las causas de inculpabilidad.

Tipicidad

Una acción es típica cuando coincide con la descripción del delito contenida en la parte especial del Código Penal o en leyes especiales. A la descripción de la conducta que aparece en la norma se le denomina "tipo penal". La esencia del tipo consiste en la acción prohibida, la cual tiene un lado externo (objetivo), por ejemplo dar muerte a otro; y un lado interno (subjetivo), por ejemplo, la intención de matar.

En algunas ocasiones, la norma penal incluye otros aspectos que no se refieren ni al tipo objetivo, ni al tipo subjetivo, sino a la culpabilidad. Se trata de elementos que pueden cambiar la calificación jurídica del delito y atenuar la responsabilidad porque el autor/a actuó con un determinado estado mental. Son causas que influyen en la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) disminuyéndola, sin llegar a excluirla. Por ejemplo, si la "conducta de matar a otro" la realiza la madre (sujeto activo) en contra de su hijo de menos de tres días (sujeto pasivo) "por motivos íntimamente ligados a su estado, que le producen indudable alteración psíquica", el delito no será parricidio sino infanticidio. En este caso, la "alteración psíquica" no influye en la parte objetiva del tipo: no modifica la circunstancia de que se "mato a otro"; ni la parte subjetiva: "la madre sabía y quería matar", pero sin duda altera su capacidad de comprender y por esto se disminuye la pena.

Esta disminución de la capacidad de culpabilidad adquiere especial relevancia en los delitos contra la vida cometidos por mujeres en los cuales la calificación jurídica podría pasar de parricidio /asesinato a homicidio en estado de emoción violenta. Esta situación se analizará en la categoría jurídica de la culpabilidad, no en la tipicidad, por ser el lugar adecuado de acuerdo con la teoría del delito.

Tipo Objetivo

En el tipo objetivo se incluye la descripción de todos los elementos de la parte objetiva de la conducta. Estos pueden dividirse a su vez en: sujeto activo, conducta, modalidades especiales de la acción, objeto de la acción, resultado, relación de causalidad e imputación objetiva.

Sujeto activo: Se debe verificar si se dan los elementos objetivos en el sujeto activo: si se trata de un delito especial o un delito común. En el caso de un delito especial, debe reunir los requisitos exigidos por el tipo penal: por ejemplo, si es un parricidio, la autora tendrá que ser ascendiente o descendiente, cónyuge o hacer vida marital con la víctima o, en un infanticidio, la autora únicamente puede ser la madre.

Por otra parte se debe verificar el nivel de participación de la persona defendida, si se trata de la autora del delito (art. 36.1, 2 primera parte del CP) o su participación puede enmarcarse en las formas de complicidad (art. 37 del CP). Esto adquiere espe-

4 Enrique Bacigalupo, Técnica de resolución de casos penales, Buenos Aires, 1990.

cial relevancia en el caso de mujeres procesadas, ya que muchas veces su contribución al hecho delictivo es mínima y a pesar de esto se las castiga como autoras. Por ejemplo, en un delito de secuestro la mujer le proporcionaba alimentos a la víctima y se la sanciona como autora del delito.

La pregunta en este caso es: de acuerdo con las circunstancias ¿ella tenía el dominio del hecho? Por ejemplo en el caso descrito: ¿Quien alimenta al secuestrado, tiene el dominio del hecho? Obviamente no, ya que si ella le da de comer o deja de hacerlo la detención ilegal va a continuar y el plan delictivo puede seguir su curso.

Si la respuesta es negativa, se deberá analizar si su conducta puede enmarcarse dentro de una de las formas de participación, como cooperadora necesaria, contemplada en el artículo 36.3 del CP. En este caso la pregunta es: ¿La contribución de la mujer en el hecho delictivo era indispensable (difícilmente substituible)? En el ejemplo: ¿la conducta de dar de comer es indispensable? La respuesta también debe ser negativa, ya que cualquiera de los autores directos hubiera podido alimentar al detenido. Así que es posible concluir que su contribución se enmarca dentro de una de las formas de complicidad, específicamente 37.3 del CP.

Conducta: comprobar si el sujeto ha realizado la acción típica por ejemplo en el delito de robo, apoderarse; en la estafa, engañar, inducir a error; en la omisión, de auxilio, no prestar auxilio. También debe verificarse si hay una causa de exclusión de la acción (fuerza física irresistible, movimiento, reflejo, inconciencia absoluta).

Modalidades especiales de la acción

Circunstancias de lugar: Morada, en el hurto agravado (art. 247, 3 CP)
Circunstancias de tiempo: Si el secuestro durare más de diez días (art. 204,1 del CP)
Modo de ejecución de la acción: Con violencia, anterior, simultánea o posterior, en el robo (art. 251 del CP); con premeditación y alevosía en el asesinato (art. 132 del CP).

En el caso de mujeres sindicadas de asesinato por concurrir la agravante de "alevosía", la defensa puede valorar si esta circunstancia debe apreciarse. Si es una mujer que atenta contra un varón mucho más fuerte que ella, puede ocurrir que el medio empleado sea el único posible para equilibrar la diferencia física y lograr su propósito. No se trata de que ella entre muchas formas de matar seleccionara aquella que le otorgaba una mayor facilidad para cometer el delito, sino que escogió la única que le permitía lograrlo.

En palabras de Larrauri: "La alevosía solo tiene sentido cuando existe la alternativa entre realizar el hecho o realizar el hecho en forma tal que se asegure su ejecución. Frente a dos formas de matar se opta por la más segura. Pero precisamente esta alternativa no está al alcance de la mujer. La mujer que tiene la intención de matar a un hombre debe normalmente optar entre realizar el hecho con alevosía o no realizarlo".[5]

Objeto de la acción: comprobar la existencia del objeto de la acción. Por ejemplo, en el homicidio, es el cuerpo humano; en la revelación de secretos, el papel o la carta.

5 Elena Larrauri; Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal. En *Jueces para la democracia*, No. 23. 1994. Pág. 22.

Resultado: verificar la producción de lesión o del peligro y la relación de causalidad o de imputación objetiva (en los delitos de resultado)

3. Tipo subjetivo

En esta categoría se examina la parte subjetiva de la conducta, el contenido de la voluntad que rige la acción, el dolo o intención y si la figura delictiva exige otros elementos subjetivos del injusto.

Dolo. Comprobar los elementos del dolo: Conocimiento de los elementos objetivos del tipo y voluntad de realización.

En este punto, en relación con los delitos contra la vida o la integridad física, la defensa debe clarificar si el hecho se realizó con la intención de matar o con la intención de lesionar, especialmente en aquellos casos en los cuales se realizó la conducta y no se produjo el resultado de muerte, sino solamente se afectó la integridad física de la víctima. La pregunta es: ¿Se trató de una tentativa de homicidio o de lesiones consumadas? Para establecer esta distinción la jurisprudencia toma en cuenta el arma empleada y la zona del cuerpo afectada.

Así el tribunal podría afirmar que "el cuchillo de grandes proporciones utilizado no deja lugar a dudas de la intención de causar la muerte". Sin embargo, en el caso de mujeres sindicadas, el razonamiento no debe ser tan mecánico, y se debe analizar si se utilizó esta arma porque la intención era de matar o, como en el caso anterior, si se utilizó esta arma para equilibrar la diferencia física que existía con el sujeto pasivo.

Elementos subjetivos del tipo. Verificar la concurrencia de otros elementos subjetivos del tipo, por ejemplo, en el delito de secuestro, la norma penal exige que la privación de libertad se realice con el "propósito de lograr rescate, canje de personas o la toma de cualquier decisión contraria a la voluntad del secuestrado …" (art. 201 del CP)

Antijuricidad

En el derecho penal la existencia de un hecho típico supone la realización de un hecho prohibido, en la medida de que el tipo describe la materia de la prohibición, es decir, aquel o aquellos hechos que el legislador/a quiere evitar que realicen las personas. Pero en algunas oportunidades el legislador/a permite ese hecho típico. Estos casos están justificados, ya que existe una norma que autoriza la lesión del bien jurídico. Las causas de justificación se encuentran en todo el ordenamiento jurídico, por ejemplo, el deber de corrección de los padres frente a sus descendientes. Por su parte, el Código Penal prevé tres causas de justificación: legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.

Legítima defensa

Una conducta no es típica y tampoco es antijurídica cuando fuera necesaria para neutralizar una agresión antijurídica y actual contra el autor/a u otra persona. La legítima defensa se basa en la idea de que "el derecho no tiene que ceder ante lo ilícito".

Respecto de las mujeres acusadas de haber cometido un delito contra la vida de algún miembro de su familia, especialmente su cónyuge o conviviente, es necesario tomar en consideración que puede concurrir una situación de legítima defensa, es decir, que haya actuado en defensa de su persona o en defensa sus hijos o hijas.

En estos casos, es posible que existan tres situaciones en relación con las cuales la defensa debe preparar sus argumentos: 1. Que se considere por

parte de la fiscalía o de la judicatura que por ocurrir el hecho dentro de la familia, no exista una "agresión ilegítima"; 2. Que se considere que el medio empleado no era racional para impedirla o repelerla, ya que la mujer pudo haber huído. 3. Que se considere que en el caso no existe una "agresión actual" por haberse ejecutado la defensa cuando ya se ha consumado la agresión.

1. Que se considere por parte de la fiscalía o de la judicatura que por ocurrir el hecho dentro de la familia, no exista una "agresión ilegítima".

Caso: Elizabeth Guerrero Calderón, sufría de violencia intrafamiliar por parte de su conviviente José Luis Mena González. Esta violencia intrafamiliar se manifestaba en continuos golpes, amenazas de muerte e insultos. Estos hechos fueron presenciados por Neftalí Guerrero Calderón, quien residió durante tres meses en su casa. El día 5 de febrero de 2001, de acuerdo con la acusada: "*José Luis Mena se alteró al yo decirle que me iba para El Progreso, por lo que él me dijo que sólo en una bolsa plástica yo salía de la casa, me golpeó, sacó algo de atrás de su pantaloneta, lo vi brillar, intentó agredirme, le logré quitar ese objeto y con este mismo lo corté a él. Lo que hice fue defenderme. El (sic) me había agredido muchas otras veces, me había amenazado con matarme, vi brillar el arma que él tenía y me defendí (...)*".

Durante el debate, la defensa argumentó que estos hechos se habían realizado en legítima defensa.

El tribunal de sentencia consideró que en este caso no existía una agresión ilegítima debido a: "a) que no es posible que el ofendido portara una cuchilla con la que pretendiera agredir a Guerrero Calderón, pues vestía escasas ropas, únicamente una pantaloneta, según comprobaron las autoridades judiciales que realizaron el levantamiento del cadáver; b) Tampoco se le dio valor probatorio a la declaración de Neftalí Guerrero Calderón, cuando dijo que José Luis le había amenazado con un puñal para matarle, poniéndoselo en el cuello, porque se estimó que no eran pertinentes".

En este caso, es posible observar cómo el tribunal desestima el argumento de la legítima defensa en un caso de violencia intrafamiliar, aunque, de acuerdo con el relato de la procesada, el hecho reúne todos los requisitos de la legítima defensa:

Agresión ilegítima: el esposo le amenaza con una cuchillo.

Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla: la señora actuó con el arma que tenía a su alcance, que era exactamente la misma con la que estaba siendo amenazada.

Falta de provocación por parte del defensor: en este caso, la discusión previa, no podría considerarse como una provocación suficiente, para que la víctima intentara matar a la procesada.

Sin embargo, el tribunal le restó credibilidad al relato de la procesada y extrañamente desestimó los medios de prueba que demostraban sus afirmaciones. Además de los vicios en la valoración de la prueba, es necesario reflexionar, si lo que subyace a la sentencia del tribunal, es su percepción que dentro de la familia no pueden existir agresiones ilegítimas o que "en nuestras culturas se supone que las mujeres no deben usar la violencia para defenderse de un ataque potencial y mucho menos de sus esposos".[6]

6 Gioconda Batres Méndez. *El peritaje en casos de violencia doméstica.* San José de Costa Rica, ILANUD, 2002.

En cuanto a la primera posibilidad, durante mucho tiempo la violencia contra las mujeres fue considerada como un asunto privado y, por lo tanto, que debía resolverse sin la intervención del Estado y del derecho. La violencia doméstica era catalogada como un "asunto familiar" que correspondía a la intimidad de las personas, por lo tanto ninguna persona o institución debería intervenir: "los trapos sucios se lavan en casa".

Estas concepciones, aunque han sido superadas por las diversas Convenciones sobre los derechos humanos de las mujeres, que son normas vigentes en Guatemala, continúan presentes en la forma de entender el mundo de algunos funcionarios de justicia. En este sentido, la Convención de Belém Do Pará claramente afirma que es violencia en contra de las mujeres "la ocurrida tanto en el ámbito público como en el privado".[7]

Frente a esto, el defensor o la defensora debe argumentar, que no existe ningún ámbito en el país que se encuentre por fuera del Estado de Derecho y por lo tanto, los golpes, las amenazas, los atentados físicos, psicológicos o sexuales, aun cuando ocurren dentro de la familia son delitos y en consecuencia "agresiones ilegítimas" frente a las cuales cualquier ciudadana puede reaccionar en el ejercicio de la legítima defensa. Incluso, la defensa puede hacer que el tribunal realice el ejercicio de imaginar qué sucedería si el mismo hecho ocurriera entre extraños, es decir si en estos casos, ante los mismos hechos, el tribunal sí consideraría la existencia de una agresión ilegítima. Por ejemplo, en el caso de análisis, si un extraño hubiera entrado en casa de Elizabeth Guerrero Calderón y le hubiere amenazado de muerte poniéndole un cuchillo al cuello, difícilmente el tribunal hubiera considerado que se trataba de hechos irrelevantes, si ocurriera una nueva agresión. O si un extraño se le acercara y le gritara que le iba a matar y blandiera un cuchillo en su contra, difícilmente el tribunal hubiera considerado que los extraños en pantalones cortos no suelen llevar armas.

Ejercicio 3

Caso: Juana sufría constantemente del maltrato de su esposo Sergio. Ella y sus hijos habían recibido en diferentes oportunidades palizas, cuando él consideraba que algo que habían realizado no era lo adecuado, especialmente, cuando salían de casa en horas de la noche. Juana había denunciado en una ocasión a su marido ante la policía. En la subestación le indicaron que si no tenía golpes que implicaran su incapacidad para el trabajo por más de diez días, que era poca cosa la que podría hacerse, así que lo mejor era que regresara a su casa. La tarde del 4 de julio de 2003, Sergio montó en cólera porque su esposa había salido al mercado y no le había indicado a dónde se dirigía. Le amenazó que si volvía a ocurrir lo mismo, la mataría y le propinó golpes en la cara y en la espalda. Luego, salió a la cantina más cercana a emborracharse. Juana sabía, por la conducta anterior de su esposo, que si volvía ebrio le pegaría y además podría hacerle daño a sus hijos, así que activó la alarma contra extraños y se encerró en su casa. Sergio al volver, desactivó la alarma, a pesar de que su esposa por el intercomunicador le suplicaba que se fuera. Como no pudo abrir la puerta, ya que se encontraba atrancada, empezó a dar golpes en contra de la misma con su cuerpo. Juana temió por su vida y la de sus hijos, tomó un revólver y le disparó a través de la puerta, ocasionándole la muerte.

7 Art. 1 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención Belém do Pará.

Instrucciones: En este caso describa la hipótesis del caso, el análisis jurídico y los medios de prueba.

2. Que se considere que el medio empleado no era racional para impedirla o repelerla, ya que la mujer pudo haber huido.

En muchos casos de violencia doméstica, la legítima defensa puede desestimarse, ya que los jueces pueden considerar que el medio empleado no era racional: la mujer tenía otras opciones, abandonar la casa ante el primer episodio de violencia, acudir a la policía o pedir unas medidas de seguridad.

Ante esta situación el defensor/a debe tomar en consideración, que las mujeres que son víctimas de violencia doméstica no abandonan a su agresor por una diversidad de factores que debilitan su capacidad de afrontar los problemas. Es necesario tener presente que es un mito que las mujeres que son maltratadas permanecen en esta situación porque les gusta. En realidad quienes sufren malos tratos por parte de sus parejas lo pasan muy mal y no les satisface en nada la situación en que se encuentran. Sin embargo, son muchas las razones que explican por qué se mantienen en esta situación: falta de medios económicos, la opinión de los demás, la vergüenza, el miedo, los sentimientos de culpa, las conductas de arrepentimiento del marido, la ignorancia de sus derechos, el aislamiento al que están expuestas, la religión. Las mujeres maltratadas no experimentan placer en una situación de abuso, los sentimientos más comunes son el miedo, la impotencia y la debilidad.[8]

Asimismo, diversos estudios psicológicos han demostrado que las mujeres sufren lo que se denomina el síndrome de indefensión aprendida[9] o síndrome de estrés postraumático[10], conforme al cual su capacidad para percibir alternativas que podrían protegerlas está disminuida. De acuerdo con Labrador: "La baja autoestima y el déficit en la solución de problemas, se explican en las mujeres víctimas de violencia doméstica como consecuencia de la situación que viven. Es un hecho conocido que la experiencia de un suceso traumático rompe las creencias que una persona tiene acerca de sí, del mundo y de los demás, … (en estos casos)… es comprensible la pérdida de auto estima, sobre todo si el agresor, única fuente de refuerzo social para la mujer maltratada, se encarga de repetirle a su víctima que no vale para nada. Asimismo, el déficit en solución de problemas se deriva de esta pérdida progresiva de la autoestima, de la depresión y el aislamiento que le impiden a la víctima ejercer respuestas racionales adecuadas para hacer frente a la situación"[11].

Otro de los factores que hay que resaltar es el miedo a la respuesta del agresor. En muchos casos el acoso se intensifica y continúa en lugares de trabajo o incluso en lugares de refugio, o se amenaza con que se va a quitar a los hijos. Existe un temor real de la mujer frente a su agresor. Asimismo, la mujer puede haber experimentado situaciones de negligencia o encubrimiento por parte de instituciones o familiares: consejos de la familia o, incluso, de funcionarios públicos acerca de que debe volver a su hogar o, la simple inactividad.

---

8 Jorge Corsi. Una mirada abarcativa sobre el problema de la violencia familiar. En Corsi, *Violencia familiar: Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social.* Buenos Aires, Paidós, 1994. Pág. 15.

9 Ver Supra, Capítulo I. Cfr. Leonore Walker, Psycology and violence against women. *American Psycologist*, 44 (4). Pág. 696.

10 Francisco Javier Labrador, *et al.*; *Mujeres víctimas de la violencia doméstica.* Madrid, Pirámide, 2005.

11 Francisco Javier Labrador, *et al.*; *Mujeres víctimas de la violencia doméstica.* Op. cit. Pág. 73.

De esta manera, como señala Batres Méndez, el hogar se convierte en un espacio de cautiverio: "El cautiverio no es solamente una situación física sino que se introyecta como un mandato psicológico. En situaciones de cautiverio el agresor se convierte en la persona más importante, moldea las percepciones de la mujer y le dice que no puede irse porque si lo hace la mata. Ella así lo cree, además de que esto no es una fantasía; por el contrario, con frecuencia sucede en nuestra sociedad[12].

En Guatemala, esta situación se agrava ya que no existen hogares de refugio y se encuentra demostrada la negligencia de la justicia en casos de violencia intrafamiliar. Para demostrarlo bastaría con preguntarle a la mujer qué reacción obtuvo de las autoridades cuando puso la denuncia o si conoce algún lugar a donde podría ir con sus hijos ante una situación de violencia.

Por consiguiente, en el caso de una mujer que sufre maltrato, generalmente abandonar su hogar no es una alternativa viable, tanto por factores subjetivos: indefensión aprendida o temor; como por factores objetivos: no tiene a dónde ir con sus hijos, la familia le indica que debe regresar a su hogar, las autoridades no le atienden. El único medio que tiene a su alcance para que el agresor no continúe haciéndole daño es defenderse.

3. Qué se considere que en el caso no existe una "agresión actual" por haberse ejecutado la defensa cuando ya se han consumado los golpes o atentados.

El artículo 24 del Código Penal señala que la persona debe obrar en defensa, de su persona, bienes o derechos. De esta exigencia de la norma, la doctrina ha establecido que "si el CP exige que se actúe «en defensa de la persona o derechos», será necesario que ya haya o todavía haya, posibilidad de defensa, o lo que es lo mismo, que sea posible evitar la lesión del bien jurídico amenazado. Ello exige que la agresión suponga ya un peligro próximo y que dicho peligro no haya desaparecido al convertirse en lesión consumada y agotada. Esto significa que la lesión debe ser actual"[13]. En otras palabras, si la mujer actúa, por ejemplo, cuando el agresor se encuentra dormido o esta desprevenido, no sería posible apreciar esta causa de justificación, ya que en este supuesto, o la agresión ya sucedió, o el peligro no ha iniciado.

Frente a esta interpretación restrictiva, la defensa deberá argumentar que los casos de violencia doméstica ocurren en ciclos, como se describió en el capítulo anterior y que, de acuerdo con esta situación las mujeres aprenden a determinar cuándo se va a producir el próximo episodio de violencia. No se trataría de un peligro pasado o futuro, sino de un peligro actual, ya que ellas saben que se encuentran o muy próximas o dentro de la fase de explosión o agresión, en la cual se produce el maltrato físico, psicológico o sexual grave y existe total ausencia de control por parte del maltratador[14].

En este sentido son ilustrativas las palabras de la doctora Batres Méndez, psiquiatra, directora del Programa regional de capacitación en violencia doméstica del ILANUD: "Para quienes tratamos a mujeres agredidas es muy importante aceptar los conocimientos y el análisis de la situación de que dispone la persona que se defiende legítimamente. En los casos en que las mujeres han argumen-

12 Gioconda Batres Méndez. *El peritaje en casos de violencia doméstica*. San José de Costa Rica, ILANUD, 2002.
13 Santiago Mir Puig. Derecho Penal Parte General. Barcelona, PPU, 1996. Pág. 431.
14 Francisco Javier Labrador, *et al.*; *Mujeres víctimas de la violencia doméstica.* Op. cit. Pág. 30.

tado que cuando el agresor se despierte o regrese las va a matar, ellas creen con certeza que sucederá porque han aprendido a identificar una serie de elementos donde la agresión ha tenido una gran letalidad”[15].

La percepción de peligro por parte de una víctima de violencia intrafamiliar y la certeza de su existencia, forman parte de lo que los psiquiatras de denominan: “Trastorno de estrés postraumático”. Así lo define el DC-M-IV-TR[16]. Se trata de un trastorno asociado a un acontecimiento traumático externo, la persona no es portadora de enfermedad psiquiátrica hasta el momento de los acontecimientos traumáticos. La sintomatología del estrés postraumático forma parte de una respuesta normal ante una situación de amenaza directa o indirecta para la vida o el bienestar de la persona[17].

De acuerdo con Batres Méndez: “El elemento nuclear de este trastorno es la percepción de amenaza incontrolable por parte de la víctima a su integridad física y psicológica”[18]. Las personas reaccionan ante dicha amenaza con temor, desesperanza u horror intensos[19].

En otras palabras, cuando una persona se encuentra inmersa en un ciclo de violencia, aprende a percibir cuándo se desencadenará la próxima explosión por parte de su agresor. Ante esto actúa y reacciona con terror, porque ya ha aprendido de experiencias anteriores, la fuerza e intensidad del ataque.

No se trataría de una legítima defensa putativa, es decir, que la persona percibe erróneamente que se encuentra en una situación de agresión o, que debido al “trastorno de estrés postraumático” se imagina falsamente que va a sufrir un daño. Por el contrario, se trata de una percepción real, de un peligro objetivo, identificado debido a experiencias anteriores.

Por su experiencia, una persona sabe que si le disparan con un arma es posible que fallezca. En el caso de las mujeres maltratadas, por su experiencia saben que después de determinadas conductas de su conviviente, gritos, insultos, embriaguez, vendrán los golpes, mismos que pueden intensificarse cada vez más hasta causarle la muerte.

Por estas razones, si como se analizó en el apartado anterior, las mujeres no pueden alejarse del hogar, como tampoco pueden enfrentarse ante su agresor cuando la explosión ha ocurrido, solamente pueden defenderse si lo hacen cuando su superioridad física no las vence de antemano. Desde el plano de la defensa, matar, en esta situación es el único medio idóneo para repeler el próximo ataque.

Para demostrar estas afirmaciones, la defensa podrá recurrir al peritaje de psicólogos o psiquiatras, quienes podrán demostrar que la procesada vivía una situación de violencia intrafamiliar, que no encontraba salida a este problema y que en el momento en que agredió a su conviviente, en realidad se encontraba defendiendo su vida o la de sus hijos.

15 Gioconda Batres Méndez. *El peritaje en casos de violencia doméstica*. Op. cit. Pág. 4.
16 El DCM-IV es la descripción de las enfermedades mentales que hace la Asociación Americana de Psiquiatría.
17 American Psiquiatric Asociation, DSM-IV-TR, 2000.
18 Gioconda Batres Méndez. *El peritaje en casos de violencia doméstica*. Op. cit. Pág. 9.
19 American Psiquiatric Asociation, DSM-IV-TR, 2000.

C. Culpabilidad

La pena implica siempre un reproche personal. Por ello, la tipicidad y la antijuricidad, que sólo señalan la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico no pueden justificarla aún. Antes bien, queda la pregunta por la responsabilidad del autor, la de si su ilícito puede ser cargado a su cuenta. Al respecto deciden una serie de presupuestos:

Comprobar si el autor tuvo la posibilidad de conocer la desaprobación jurídica del hecho (error de prohibición)
Verificar si el autor era capaz de culpabilidad (inimputabilidad)
Comprobar la posible concurrencia de alguna circunstancia que excluya la responsabilidad por no exigibilidad de la conducta

Miedo invencible

Dentro de estas circunstancias, en el caso de mujeres procesadas, es necesario tener en especial consideración el caso del miedo invencible.

Caso Sara. Nombre ficticio[20]. "Soy la mayor de tres hermanos, mis papás siempre estuvieron juntos. Mi papá bebía mucho alcohol y golpeaba a mi madre cuando estaba bolo, una vez le hirió los cuatro dedos, porque le estaba pegando con la parte plana del machete y mi mamá lo agarró. A mí me sacó de la escuela, porque decía que los maestros podían abusar de mí, así que sólo llegué a tercero primaria.

A los dieciocho años vine a la capital a trabajar. Me casé a los veinte. La vida de casada es muy diferente a la de soltera. Ya cuando me casé me sometí a la decisión de mi esposo y no había forma de escaparse porque si el esposo a una no la deja ir, pues allí hay que estar. El trabajaba en una clínica, ganaba mil doscientos quetzales mensuales. No me daba permiso para trabajar, pero a escondidas hacía quesadillas y las vendía. Tenía que llegar temprano porque si no me regañaba y algunas veces me pegaba. El carácter de mi esposo era bastante delicado, por lo mismo no salía sin su permiso, y yo nunca le preguntaba a dónde iba ni a qué hora vedría para evitar problemas. Hasta mí papá le hacía caso y le obedecía, porque tenía un carácter muy fuerte. Con mi esposo hicimos vida a pesar de esas cosas, yo tuve cinco hijos.

En noviembre del año pasado, a mi esposo lo despidieron del trabajo. Una tarde vino a la casa con unos radios. Yo no sabía de dónde venían aunque todo me parecía muy extraño porque parecían robados. Cuando por fin le pregunté, me dijo que me callara, que no era problema mío y me pegó. Un día me pidió que fuera a dejar uno de los aparatos a la zona 1. Yo lo llevé y ahí fue cuando me detuvo la policía y me acusó de vender cosas robadas.

En este caso, no es posible afirmar que Sara se decidió libremente a cometer el hecho delictivo. Si bien tenía elementos para suponer que el radio tenía una procedencia ilícita y que lo llevaba a un sitio donde lo iban a revender, de acuerdo a sus circunstancias familiares ella no tenía la entera libertad de decidir por sí misma, si lo llevaba o no al lugar indicado por su marido.

Sara se encontraría, de acuerdo con la teoría del delito, ante una causa de inculpabilidad: miedo invencible. Ella actuó en una condición motivacional anormal, se encontraba coaccionada, sabía que si no llevaba el aparato al sitio de reventa, se-

20 Ana Lucía Morán. *Mujeres y prisión*. Guatemala, ICCPG, 2003. Extracto de una de las historias de vida.

guramente su esposo la golpearía. Prefería arriesgarse a ser detenida por la policía y procesada porque esta era una posibilidad, mientras sobre la paliza tendría certeza.

En este caso, a diferencia de la legítima defensa, que se examinaba líneas arriba, la mujer no actúa en contra de su agresor para defenderse, sino que incurre en una situación ilícita porque existe un temor "invencible" de un daño mayor cierto o inminente. El terror derivado de situaciones anteriores de violencia le impulsa a obedecer a su agresor, porque conoce las consecuencias de su desobediencia.

En este sentido, para demostrar la existencia del miedo invencible dentro de una situación de violencia intrafamiliar, habrá que argumentar, ante el o la juez: "que una persona media, ante el temor de sufrir atentados contra su integridad física, se vería impelida a realizar una afectación al patrimonio". La persona media, debe tomarse en consideración con todas las circunstancias especiales del autor/a: físicas, mentales, culturales. Para este caso la pregunta sería: ¿Cómo actuaría una mujer media que sufre violencia doméstica, cuando su agresor le ordena que cometa un hecho ilícito?

Homicidio en estado de emoción violenta

El Código Penal preceptúa entre los homicidios atenuados, el cometido en estado de emoción violenta. Se trata de una disminución de la culpabilidad, que no llega a excluirla debido a que la persona actuó impulsada por estímulos tan poderosos que hayan producido su arrebato u obcecación. Entre estas circunstancias podría enmarcarse las conductas contra la vida de una persona realizadas por una mujer que, dentro del ciclo de la violencia intrafamiliar, experimenta un horror intenso, ante la posibilidad de un nuevo ataque. Ella actúa impulsada por este horror.

Ejercicio 4

Caso. Luisa María Hernández Pérez, de treinta años de edad, casada, guatemalteca, ama de casa, madre de cinco hijos es acusada de parricidio. Según ella relata le dio muerte a su marido mientras dormía, dándole con un palo en la cabeza. Cuando la defensa le pregunta el porqué de sus actos, ella responde que sabía que al despertar él la golpearía porque ya llevaba varios días tomando, porque le habían ido con el chisme que ella andaba con otro, y él había gritado en la vecindad que cuando la viera le iba a partir la cara. Ella ya había sufrido este tipo de celos y agresiones con anterioridad.

Instrucciones: de acuerdo con la siguiente secuencia prepare la estrategia del caso:

Relato: relación de hechos en sucesión de tiempo, lugar y circunstancias.
Descomposición del relato según hechos que se consideran inicialmente delictivos.
Descomponer cada hecho delictivo según elementos de teoría del delito (tipicidad objetiva en sus elementos, tipicidad subjetiva, antijuricidad, culpabilidad), agregar elementos agravantes y atenuantes.
Identificar las pruebas para cada elemento.

D. Facultades defensivas vinculadas a la aplicación de las medidas de coerción

1. Principios que rigen para la aplicación de medidas de coerción

En la práctica judicial se suele considerar que los principios, al igual que las garantías constituyen meros postulados abstractos desarrollados por la doctrina y, en consecuencia, la aplicación o vinculación para los/as operadores del sistema de justicia es poco tangible.

Dicha concepción genera que pocas veces se profundice en los alcances de los principios y garantías, cuando no, se pasan por alto y se prefiere ingresar de lleno a los institutos que conforman, en este caso, los límites que tiene el Estado para imponer una medida de coerción a la persona imputada durante el proceso penal.

Los principios y garantías constituyen el punto de partida que permite determinar el grado de legitimidad del ejercicio del poder coercitivo y punitivo del Estado y, de esta cuenta, verificar el nivel de arbitrariedad, o no, de ese poder, más aún cuando está pendiente la emisión de una sentencia definitiva que determine, conforme a los principios del modelo de Estado, la imposición de una sanción, como es el caso de las medidas de coerción durante el proceso penal.

Como se verá, el sistema de garantías se caracteriza por su carácter sistémico. Los principios y garantías son en consecuencia normas de aplicación directa que constituyen límites al ejercicio del poder del Estado, en donde la vulneración de una de ellas afecta a las otras, constituyendo de esta manera una unidad que permite darle coherencia. De allí su naturaleza sistémica.

En cuanto a los principios que regulan la aplicación de las medidas sustitutivas, éstos parten de la Constitución Política de la República en la cual se establecen como garantías básicas: la presunción de inocencia, el juicio previo, la defensa en juicio, juez natural y la prohibición de la doble persecución por un mismo hecho.

Todas estas garantías surgen a partir del principio de libertad de acción (CPR, art. 5), por medio del cual toda persona tiene libertad de hacer todo aquello que la ley no prohíbe, y sólo cuando ha ejecutado una acción u omisión prohibida por la ley (CPR, art. 17) puede ser perseguida judicialmente, dando paso, a la operativización del sistema de garantías.

En el caso de las medidas de coerción, durante el proceso penal operan el principio de legalidad, jurisdiccionalidad, proporcionalidad, excepcionalidad y subsidiariedad. Estos cinco principios permiten verificar si la medida de coerción impuesta fue aplicada conforme al modelo normativo y si es la adecuada conforme al caso concreto. De lo contrario daría posibilidad a que la defensa pudiera recurrir a la medida de acuerdo a los mecanismos establecidos en la legislación procesal.

a. Principio de legalidad

El principio de legalidad referido a las medidas de coerción durante el proceso penal tiene una triple connotación: La primera de ellas se encuentra referida a que únicamente pueden imponerse aquellas medidas reguladas en el Código Procesal Penal (CPP, art. 14, tercer párrafo), la segunda, a que sólo pueden imponerse las medidas cuando concurran los presupuestos que la ley establece (CPP, arts. 262, 263 y 264 primer párrafo) y, la tercera, a que sólo pueden imponerse siguiendo el procedimiento que regula el ordenamiento jurídico (CPP, arts. 3 y 4).

En relación con la primera connotación, la legislación nacional permite la imposición de tres tipos de medidas de coerción: las medidas provisionales «citación, conducción, retención, aprehensión policial o particular», medidas sustitutivas y prisión preventiva; por fuera de éstas, no puede imponerse ninguna otra.

El control de este principio en la práctica es simple, basta con remitirse a las medidas reguladas en la ley y verificar si ahí se encuentra consignada, de lo contrario, es decir, si la medida no se encuentra regulada, se podría promover la revocatoria o apelación de la medida impuesta, por no estar regulada en la legislación.

La segunda connotación del principio de legalidad «sólo pueden imponerse las medidas cuando concurran los presupuestos establecidos en la ley» exige que: el "hecho" por el cual se impone una medida de coerción sea considerado como delito; la persona a la que se impone la medida sea considerada como partícipe; y, además, concurran los presupuestos de peligro de fuga u obstaculización de la investigación.

Es indispensable para el control de esta connotación el principio de legalidad que cada uno de los presupuestos sea sujeto a verificación fáctica, es decir, que cada presupuesto sea descrito con precisión, sin incluir valoraciones sujetivas o normativas que impidan su comprobación; además, que esa descripción de la realidad sea sustentable en pruebas que permitan tornar tangibles las descripciones de cada uno de los presupuestos.

Como puede advertirse, no es suficiente para tener por aceptada la concurrencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una medida de coerción que la judicatura, en su resolución, indique que existe un hecho punible, el nivel de participación y los peligros de fuga u obstrucción de la investigación sin relatar la forma en que se manifiestan en el caso concreto, ni los medios de prueba o convicción que lo llevan a las conclusiones antedichas.

El principio de legalidad en esta connotación también impide que se impongan medidas de coerción en determinados hechos delictivos cuando la acción no corresponde al órgano del Estado, es decir, en los delitos de acción privada y en los de acción penal mixta. En el primer caso, hasta que la víctima no haya requerido la aplicación de la medida de coerción; y, en el segundo, hasta en tanto, la víctima no haya puesto en conocimiento «mediante denuncia o querella» al órgano persecutor «Ministerio Público» el hecho punible.

Definitivamente, quedan excluidas de la imposición de una medida de coerción durante el proceso aquellas personas a las que se le impute, exclusivamente, la comisión de una conducta calificada por la ley como falta (CPR, art. 11).

Es preciso advertir que tanto en los delitos de acción privada como en los delitos cuya acción dependa de instancia particular «acción mixta» las medidas de coerción provisionales sólo pueden imponerse para evitar que la lesión continúe. La autoridad policial en estos casos no puede, de oficio, proceder a la aprehensión por más que el hecho sea flagrante; su función se limita únicamente a evitar que continúe la actividad delictiva, evitar que se pierdan o estropeen los medios de prueba e identificar a la imputada (CPP, art. 24 ter).

En cuanto a la tercera connotación del principio de legalidad «sólo pueden imponerse las medidas sustitutivas siguiendo el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico». Esta, se caracteriza porque las medidas sustitutivas sólo pueden impo-

nerse luego de haberse oído a la imputada «derecho de audiencia» con las formalidades y garantías establecidas en el ordenamiento jurídico.

Lo anterior implica como mínimo: que la imputada haya declarado libremente; que se le haya puesto en conocimiento del hecho que se le imputa y el grado de participación, así como los medios de prueba existentes al momento de su declaración; que haya sido asistida por un/a defensor/a de su elección o uno/a de oficio nombrado por la judicatura; si la imputada no comprende o no habla el idioma del tribunal debe ser asistida por un/a traductor/a de su confianza o uno/a nombrado por la judicatura; y, obviamente, que el o la juez que recibe la declaración de la imputada sea competente para resolver su situación jurídica.

De las connotaciones del principio de legalidad referidas a las medidas de coerción, la segunda y la tercera son las que con frecuencia se vulneran en la práctica judicial.

En cuanto a la forma en que se vulnera la segunda connotación, se ha encontrado que los fallos judiciales, en momento alguno describen fácticamente los hechos que llevan a la judicatura a concluir que la imputación es de naturaleza delictiva, ni, mucho menos, cuáles son los supuestos fácticos que sustentan el peligro de fuga u obstaculización de la investigación. Es más, generalmente las resoluciones que imponen medidas sustitutivas se caracterizan, por indicar, únicamente: "...dado que a la imputada se le atribuye un hecho delictivo y existiendo motivos racionales para considerar que él lo cometió o participó en el mismo..." y "...que no existen motivos racionales para considerar el peligro de fuga u obstaculización de la investigación... es procedente imponer una medida sustitutiva".

Como se puede advertir ninguno de los razonamientos describen fácticamente cómo el tribunal llega a concluir que la imputación es delictiva ni mucho menos el grado de participación, así como tampoco de dónde surge la existencia del peligro de fuga u obstaculización de la investigación, es más, la ausencia del peligro de fuga u obstaculización de la investigación hace procedente únicamente, la libertad por falta de mérito (CPP, art. 272).

Como estrategia de la defensa en estos casos se puede utilizar el recurso de apelación por falta de fundamentación de la resolución, o bien, la revocatoria de la medida de coerción por ausencia de uno de los presupuestos para la imposición de medidas de coerción.

En cuanto a la vulneración de la tercera connotación del principio de legalidad, se ha encontrado que las mismas se imponen sin que la imputada haya prestado declaración con las formalidades establecidas en el ordenamiento jurídico. En especial, las relativas a que quien recibe su primera declaración, por regla general no es el o la juez sino un oficial del juzgado; y, por otra parte, de ordinario, la primera declaración se presta con regularidad ante el o la juez de paz en ausencia de la defensa.

Los aspectos antes descritos son suficientes para que esta primera declaración no constituya presupuesto alguno para fundar la decisión judicial de medida de coerción (CPP, art. 281, primer párrafo), por consiguiente, la medida de coerción dictada con posterioridad a dicha declaración es anómala y nula de pleno derecho (CPR, art. 44, último párrafo).

Esta nulidad se puede hacer valer durante la realización del acto o bien mediante el recurso de apelación del auto que dicta la medida de coerción.

Los efectos serían la revocación de la resolución que impone la medida.

b. Jurisdiccionalidad

El principio de jurisdiccionalidad relacionado con la aplicación de medidas de coerción durante el proceso penal, tiene dos connotaciones. La primera de ellas se encuentra referida a que la judicatura es la única que puede imponer una medida de coerción; la segunda, que esta misma es también la única que puede valorar en el caso concreto las medidas de coerción que se impondrán.

Ambos principios son consecuencia de las atribuciones de juzgar y ejecutar lo juzgado (CPR, art. 203) que le son atribuidas a las y los jueces, por ello, la judicatura, es la única con potestad para restringir la libertad de las personas.

En las medidas de coerción provisionales el principio de jurisdiccionalidad se encuentra, en casos urgentes, atenuado al darle posibilidad a la policía y particulares de aprehender en flagrancia, pero esta facultad, sólo se encuentra dada en los delitos de acción penal pública.

La legislación guatemalteca contiene en ambas connotaciones disposiciones que vulneran el principio de jurisdiccionalidad. En relación con la primera de las connotaciones, que se refiere a que el o la juez es la única persona que puede imponer medidas de coerción, resulta evidente que el/la legislador/a ha hecho una extensión de este principio al otorgarle a los notarios y jefes de policía, que tengan conocimiento del asunto, la potestad de constituir el arresto domiciliario cuando se trate de hechos por accidentes de tránsito (CPP, art. 264 bis).[21]

En relación con dicha norma la Corte de Constitucionalidad mediante razonamientos poco claros, ha indicado que la misma no vulnera principios constitucionales,[22] dado que: *"...el artículo 264 del Código Procesal Penal, como regla general, prevé que las medidas sustitutivas deben ser aplicadas por juez competente, las cuales están dirigidas fundamentalmente hacia los delitos dolosos; y la adición que genera el artículo 19 impugnado* –se refiere al artículo 264 bis– *es una alternativa para los hechos culposos, que por ser de menor gravedad y por ende, de menor peligro de obstaculización de la verdad y fuga del imputado, requieren de mayor facilidad de aplicación de la medida sustitutiva por excelencia para esos hechos: el arresto domiciliario."*

El razonamiento que se transcribe merece dos comentarios: El primero referido a que la Corte de Constitucionalidad está valorando en abstracto la medida aplicable a hechos dolosos y culposos, cuando esa valoración sólo puede hacerse en cada caso concreto, que es donde se valora el peligro de fuga u obstaculización de la investigación; quitarle esa potestad a la judicatura, mediante la creación de ficciones normativas implica hacer nula la función de juzgar propia de estos órganos (CPR, art. 203). Por otra parte, la Corte también incurre en el error de valorar que en los hechos culposos existe menor peligro de obstaculización de la verdad y fuga de la persona imputada, ante este argumento opera siempre el *in dubio pro reo* (CPP, art. 14, último párrafo) que es una consecuencia del estado de inocencia (CPR, art. 14) y, su valoración, también opera en el caso concreto, es decir, no puede hacerse en abstracto mediante la regulación de ficciones normativas.

21 Esta reforma fue introducida mediante el artículo 19 del decreto 32-96 del Congreso de la República.
22 Ver sentencia dictada dentro del expediente 929-96 con fecha 24 de febrero de 1997, Gaceta Jurisprudencial No. 43.

El segundo comentario que amerita el razonamiento de la Corte de Constitucionalidad se refiere a la valoración que hace de la necesidad de "...mayor facilidad de aplicación de la medida sustitutiva por excelencia para esos hechos –se refiere a los hechos por accidentes de tránsito–: el arresto domiciliario." Nuevamente con este argumento la Corte está haciendo valoraciones en abstracto que exceden las facultades que le otorga el ordenamiento jurídico, sin evidenciar, que con ello está profundizando la vulneración del principio de igualdad (CPR, art. 4º), dado que en este supuesto la igualdad se encuentra referida no al tipo de hecho imputado sino a su calidad de procesado o procesada, en donde toda persona procesada debe encontrarse en igualdad de derechos. Más grave e irresponsable resulta el siguiente razonamiento: "...Aplicar la medida de arresto domiciliario es facultad que estuvo por años en el antiguo Código Procesal Penal. Y la misma (sic) no constituye acto jurisdiccional, pues todo lo actuado en la fase preliminar son actos de investigación y preparatorios para el eventual juicio penal. La función de juzgamiento se inicia con el período intermedio ante el juez respectivo y se matiza con más preeminencia en la fase del juicio...".

Como se puede advertir, en el argumento antes citado, el tribunal constitucional niega el carácter jurisdiccional del arresto domiciliario, lo que implicaría, tal y como lo afirma esa Corte, que todas las medidas de coerción durante el proceso no necesariamente deben ser impuestas por la judicatura; y, por lo tanto, a cualquier legislador/a se le podría ocurrir emitir una ley en la que se le otorgue a cualquier funcionario distinto del juez la potestad de dictar la prisión preventiva, basados en el infortunado argumento de que: "... todo lo actuado en la fase preliminar son actos de investigación y preparatorios para el eventual juicio penal...".[23]

Contrario al criterio de la Corte de Constitucionalidad y como se abordará en el apartado III, el arresto domiciliario implica la restricción a la libertad y, por tanto, la misma, por su naturaleza, no puede ser confiada a otro funcionario sin que ello conlleve la vulneración de los principios del Estado Republicano. Como consecuencia de ello la judicatura es la única que puede imponer esta medida de coerción y cualquier otra que se encuentre regulada. Este es en sí el fondo de la discusión en el otorgamiento a otros funcionarios distintos a la judicatura de la potestad de emitir medidas que restrinjan la libertad.

La segunda forma de vulnerar el principio de jurisdiccionalidad contenida en la legislación nacional se encuentra referida al establecimiento de supuestos o figuras delictivas a los que no les es aplicable la imposición de medidas sustitutivas.

Precisamente, la introducción de supuestos normativos a los que no les es aplicable medidas sustitutivas "...subroga la facultad intelectiva del juzgador por una presunción legal que le obliga –aunque no crea– a decretar el auto de prisión,..." como consecuencia de ello, "...contradice el principio de discrecionalidad que la Constitución establece como requisito para decretar el auto de prisión, y como tal, restringe un derecho público subjetivo de los procesados, de ser sometidos a prisión provisional únicamente por auto motivado racionalmente por autoridad judicial que "crea" que la persona detenida ha cometido o participado en un delito, y no por una ley de carácter proscrip-

23 Dada la limitación de extensión de este documento no se abordará la función jurisdiccional. Baste por el momento referirse a que en la etapa preparatoria existen decisiones que siempre implican la función de juzgar, si bien, esta función cobra mayor relevancia al momento de emitir la sentencia y no en el juicio, como afirma la Corte en dicho fallo.

tivo que establece una presunción legal que no admite prueba en contrario...".[24]

Lamentablemente, dicho criterio sustentado por la Corte de Constitucionalidad ha sido variado en fallos posteriores con motivo de inconstitucionalidades de carácter general promovidas en contra de los decretos 32-96 y 79-97 del Congreso de la República, en los cuales la Corte de Constitucionalidad ha expuesto razonamientos poco coherentes y contrarios al modelo constitucional[25], motivo por el cual aún se conserva en la legislación nacional la prohibición de otorgar medidas sustitutivas a: reos considerados reincidentes o delincuentes habituales, o a quienes se les impute los delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado, hurto agravado[26], narcotráfico (CPP, art. 264 último y penúltimo párrafo), evasión y cooperación para la evasión (CP, art. 270).

La ilegitimad de la introducción de supuestos normativos a los que no se les puede imponer medidas sustitutivas, más allá de las inconstitucionalidades esgrimidas y los argumentos dados últimamente por la Corte de Constitucionalidad, han generado un conflicto de normas, que igualmente, dados los principios del derecho procesal penal, que surgen del modelo constitucional, tornan inaplicable la existencia de supuestos que prohíben el otorgamiento de medidas sustitutivas para ciertos delitos y supuestos normativos.

Debe notarse que en el mismo artículo 264 del Código Procesal Penal coexisten una norma facultativa y otra prohibitiva, es decir, por una parte se establece: "Siempre que el peligro de fuga u obstaculización de la averiguación de la verdad pueda ser razonablemente evitado por la aplicación de otra medida menos grave, el o la juez o tribunal competente, de oficio, podrá imponerle alguna o varias de las medidas..." enumeradas en esa norma, y por la otra, prohíbe conceder las "...medidas enumeradas...".

En relación con esta contradicción tanto las reglas de interpretación contenidas en la Ley del Organismo Judicial (LOJ, arts. 10 y 14) como las contenidas en el Código Procesal Penal (CPP, art. 14), permiten concluir que el o la juez siempre debe optar por la imposición de la medida menos grave a la persona imputada. Si esto no es suficiente, hay que tener en cuenta que la judicatura, conforme el ordenamiento constitucional se encuentra obligada a observar en todos sus fallos que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado (CPR, art. 204).

Precisamente la regla que autoriza la imposición de medidas sustitutivas, congruente con el princi-

24 Cf. Sentencia dictada dentro del expediente 69-87 y 70-87 con fecha 21 de mayo de 1987.

25 Al respecto se pueden confrontar los fallos emitidos dentro de los expedientes 69-87 y 70-87 con los dictados dentro de los expedientes 929-96 y 105-99.

26 La introducción de este delito fue declarada inconstitucional por la sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente No. 105-99, con fecha 16 de diciembre de 1999. El argumento utilizado por la Corte de Constitucionalidad también es poco ortodoxo ya que quiebra toda la argumentación vertida en todo el fallo por dicho tribunal. Por lo anterior, al analizar el delito de hurto agravado, en todas las modalidades que determina el artículo 247 del Código Penal, no se encuentra justificación suficiente, dentro de los márgenes de lo razonable, para que el legislador lo haya incluido dentro de los casos de excepción a los principios procesales que, en lo general, sostienen que el proceso no puede ser instrumento punitivo sino es un medio para la averiguación de la verdad material que se pesquisa, por lo que la aplicación de medidas sustitutivas a la prisión provisional puede ser perfectamente controlada por los jueces competentes en cuanto no revelando objetivamente los ingredientes característicos de los otros delitos incluidos en la norma cuestionada, cabe que analicen ante el caso concreto si existen las circunstancias que las impidan, tales serían el peligro de fuga o la obstaculización del proceso. Por estas consideraciones, debe estimarse que la inclusión de "y hurto agravado" en la norma atacada resulta en efecto inconstitucional, y así deberá declararse en la parte resolutiva de esta sentencia".

pio de excepcionalidad de la prisión preventiva, es consecuencia de la garantía de presunción de inocencia (CPR, art. 14) y a partir de ser una regla que integra dicha garantía puede ser incluida dentro de aquellos que a pesar de no figurar expresamente en la constitución, son inherentes a la persona (CPR, art. 44) sujeta a proceso penal[27].

Por último, en la práctica judicial se ha vulnerado desde antaño este principio a partir de que, quien en realidad impone la medida de coerción es el/la oficial del juzgado. Creando así, una ficción, del sistema de administración de justicia en el que los operadores de carácter administrativo vienen cumpliendo funciones que no les compete: «delegación indebida de funciones».

Esta práctica tribunalicia es consecuencia de la organización judicial que aún hoy en día no ha transformado la oficina judicial, y, por lo tanto, la función jurisdiccional se ve atrapada por la estructura administrativa que, en definitiva, es la que toma la mayor de las veces las decisiones, convirtiendo de esta manera a la judicatura en un consultor de las decisiones que previamente ha tomado el personal administrativo –oficiales y secretarios/as–.

Resulta evidente que muchos de los problemas que enfrenta el sistema judicial en la aplicación de las instituciones reguladas en el Código Procesal Penal, y en especial, las referidas a la imposición de las medidas de coerción se pueden solucionar sólo si la organización del poder judicial favorece la inmediación de los jueces a los casos concretos, la que en esencia, debe ir orientada no sólo a que el/la juez presida los actos procesales, sino también que sea quien emita las resoluciones judiciales.

c. Acusatorio

El principio acusatorio es consecuencia del modelo de administración de justicia propio de un Estado Republicano y Democrático de Derecho (CPR, art. 140). Las implicaciones de este modelo de Estado exigen que el órgano encargado de juzgar sea distinto al órgano impulsor del proceso con la finalidad de hacer operativa la imparcialidad de la judicatura al emitir un fallo.

Como consecuencia de ello, el modelo constitucional otorga a la judicatura la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado (CPR, art. 203) y, al Ministerio Público la potestad de ejercer la persecución y acción penal pública (CPR, Art. 251).

El principio acusatorio en relación con las medidas de coerción exige que el/la juez únicamente puede imponer dichas medidas cuando el órgano encargado de la acción penal se lo requiere: la víctima en el caso de los delitos de acción privada, y el Ministerio Público en los casos de los delitos de acción penal pública y delitos de acción penal pública dependientes de instancia particular, «delitos de acción mixta». En este último caso siempre que la víctima haya puesto en conocimiento mediante denuncia o querella al órgano persecutor del hecho delictivo.

Si bien es cierto, la exigencia de este requerimiento no se encuentra claramente determinada en la legislación ordinaria; una interpretación adecuada al marco constitucional exige que el titular de la acción impulse el proceso, y, que como consecuencia de ello formule el requerimiento de imposición de medidas de coerción, puesto que éste es

27 Es claro que esta interpretación puede ser rechazada de entrada, sin embargo, lo que no puede negarse es la contradicción interna existente en el mismo artículo 264 del Código Procesal Penal, y, por lo tanto, ambas normas no pueden coexistir siendo aplicables o inaplicables. La solución más adecuada al modelo constitucional siempre sería la aplicación de la norma que sea más favorable al imputado.

el único órgano que puede aportar los elementos suficientes para considerar si es procedente o no la aplicación de una medida que restrinja los derechos de la persona imputada «imputación y peligro de fuga u obstaculización de la investigación».

De la misma forma en que sería impensable y contraria al modelo normativo constitucional, la existencia de una resolución de apertura a juicio, sin que se hubiere formulado acusación por parte de la fiscalía o del querellante, en su caso (CPP, arts. 332 y 345 quater), la imposición de una medida restrictiva de los derechos de la persona imputada, es igualmente impensable; y, contraria al ordenamiento jurídico cuando es dictada directamente por el/la juez, sin que la misma le haya sido requerida y sustentada fáctica y probatoriamente.

Nótese que las normas que regulan los derechos de la persona detenida hacen referencia a que éstos deben ser puestos a disposición de autoridad judicial competente dentro de las seis horas siguientes a su detención (CPR, art. 6), a efecto, de ser interrogadas, por dichas autoridades, en un plazo que no exceda las 24 horas (CPR, art. 9). De dichas disposiciones se extraen dos finalidades que conllevan la obligación de poner a la persona imputada a disposición de autoridad judicial competente. La primera se circunscribe al derecho de audiencia, es decir, que la persona detenida pueda declarar, «derecho a ser oído» y, la segunda, a que el/la juez verifique la legalidad de la detención (CPR, art. 8). Legalidad que únicamente puede verificarse en forma imparcial si el titular de la acción penal formula requerimiento para la imposición de una medida que restrinja los derechos de la persona detenida durante el proceso penal.

La ausencia, entonces, del requerimiento formulado por el titular de la acción penal para la imposición de una medida de coerción torna nula la resolución emitida por el o la juez dado que, el principio acusatorio constituye al igual que el de imparcialidad judicial una garantía para la persona imputada, complementándose uno con otro, es decir, para que la independencia judicial pueda materializar es necesaria la existencia de un órgano acusador «en el sentido extenso de la palabra» y, a la vez, la existencia del órgano acusador da paso a la concreción de la imparcialidad judicial, constituyendo de esta forma dos caras de una misma moneda.

La nulidad o el defecto que produce la ausencia del requerimiento de imposición de medidas de coerción por parte del órgano acusador, es de carácter absoluto, por cuanto implica inobservancia de derechos y garantías previstos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales ratificados por Guatemala (CPP, art. 283).

Si bien en la práctica judicial pocas veces se materializa el principio acusatorio, referido a la imposición de medidas de coerción, esto no implica que la resolución que impone la restricción a los derechos de la persona imputada sea legal.

Para la defensa, la ausencia del requerimiento del órgano acusador referido a la imposición de medidas de coerción, también ha representado desde el punto de vista práctico una desventaja, dado que, previo a la imposición de la medida de coerción no se materializa sobre la misma el contradictorio, pues, ¿con quién discute la defensa en igualdad de condiciones la pertinencia o no de la imposición de una medida que restringe los derechos de su patrocinado/a?

Obviamente, en la práctica, no se hace con la judicatura, defecto de la actividad forense, en donde, también la revocatoria se da, ordinariamente, lue-

go de que la persona imputada es sujeta a prisión preventiva, por 5, 10 ó más días, por el mismo juez.

Como consecuencia de ello, la mayoría de las veces, la defensa tolera la imposición de una prisión preventiva u otra medida de coerción a sabiendas que posteriormente será sustituida por otra, o bien, revocada, desfigurándose de esta forma el litigio derivado del contradictorio que impone el principio acusatorio y legitimándose, en la práctica, un trámite meramente administrativo y, no, judicial o jurisdiccional.

En el caso que el o la juez dicte la medida de coerción sin requerimiento, la defensa podrá interponer una inconstitucionalidad en el caso concreto basado en que la norma está restringiendo garantías constitucionales, específicamente, la garantía de juez independiente.

d. Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad, referido a las medidas de coerción, tiene tres connotaciones: La primera, se refiere a los riesgos procesales «peligro de fuga u obstaculización de la investigación»; la segunda, a la sanción que se espera como consecuencia del procedimiento penal «pena o medida de seguridad y corrección»; y, la tercera, a la duración de la misma «el tiempo que una persona puede estar sujeta a medidas de coerción».

En relación con la primera, ésta se refiere básicamente, a que las medidas de coerción sólo pueden imponerse cuando exista peligro de fuga u obstaculización de la investigación, y, siempre, aquella que sea menos grave para la persona imputada, es decir, la que perjudique lo menos posible los derechos de la persona sujeta a proceso, y, a la vez, sea suficiente para garantizar de manera eficiente que no se fugará u obstaculizará la investigación (CPP, art. 264, primer párrafo).

En ausencia de riesgos procesales «peligro de fuga u obstaculización de la investigación», procede únicamente, la libertad de la persona por falta de mérito (CPP, art. 272), en virtud de que la libertad «entendida en sentido amplio» no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar su presencia en el proceso penal o evitar la obstaculización de la investigación; presupuestos que surgen de la garantía de presunción de inocencia.

La segunda connotación de este principio se encuentra vinculada a la sanción que se espera como producto de la sustanciación del proceso penal, esto es, la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento (CPP, art. 14, penúltimo párrafo). Su finalidad es evitar que la persona imputada se sustraiga a la consecuencia derivada de su conducta ilícita.

Es preciso advertir que esta segunda connotación se encuentra contenida como uno de los supuestos para determinar el peligro de fuga (CPP, art. 262.2), motivo por el cual, su valoración no puede ser independiente, sino más bien, como un riesgo procesal referido a dicho peligro.

Producto de las reformas introducidas al Código Procesal Penal, mediante los decretos 32-96 y 79-97 del Congreso de la República, se ha distorsionado esta segunda connotación del principio de proporcionalidad en dos sentidos: La primera distorsión se da cuando el legislador introduce como criterio para la determinación de las medidas sustitutivas que éstas “deben guardar relación con la gravedad del delito” (CPP, art. 264), creando así una contradicción aparente entre el criterio que

debe regir para la determinación de la medida a imponer, es decir, si corresponde el criterio referido a la expectativa de pena o el referido al bien jurídico lesionado[28].

Frente a dicha contradicción es evidente que debiera regir el criterio normativo más favorable a la persona imputada y, en todo caso, regiría el fin referido a la expectativa de pena, criterio que, aún sustancialista, va más acorde con los fines procesales (CPP, art. 14 segundo y tercer párrafos).

La otra distorsión que introdujeron las reformas citadas, se vincula con la introducción de criterios, para la determinación de las medidas sustitutivas, referidos a que éstos deben guardar relación con el daño causado (CPP, art. 264 último párrafo), o bien, la prestación de garantía suficiente para el pago de responsabilidades penales (CPP, art. 464 bis, primer párrafo luego del numeral 4), el primero de los criterios citados, referido a los delitos patrimoniales y, el segundo, a los pilotos del transporte colectivo de pasajeros, escolares o de carga en general y cualquier transporte comercial.

Igualmente, la distorsión a la que se hace referencia, acogiendo la norma más favorable a la persona imputada y, por lo tanto, dada la contradicción verificada y que la reparación civil «daño» sólo opera a requerimiento de parte, dicho criterio no operaría (CPP, art. 14). Más aún, cuando la caución económica debe evitarse cuando la persona carezca de recursos económicos (CPP, art. 264).

La tercera connotación del principio de proporcionalidad se orienta a que la medida de coerción no puede ser indeterminada en el tiempo, es decir, la persona sujeta a una medida de coerción no puede estar indefinidamente sometida a la misma. De allí, la existencia de plazos que son fatales, es decir, no pueden ser superados y deben adecuarse según el tipo de medida de coerción.

Así, por ejemplo, en las medidas de coerción provisionales «retención y detención», los plazos son más cortos que las medidas de coerción decretadas por la judicatura «prisión preventiva o medidas sustitutivas». En las primeras, el plazo se restringe sólo hasta que el acto finaliza, en el caso de la retención, o bien, en un plazo de seis horas en el caso de la aprehensión, tiempo que tiene la policía para poner a la persona a disposición del juez.

En el caso de la prisión preventiva y las medidas sustitutivas operan diversos plazos: El primero de ellos, consiste en el establecimiento del plazo durante el cual una persona puede estar sujeta a una medida de coerción sin que se haya formulado requerimiento conclusivo del procedimiento preparatorio, en otras palabras, es el plazo máximo que puede sujetarse a una persona a medida de coerción sin que exista una acusación penal. Este plazo, según la legislación guatemalteca, es de tres meses cuando la persona es sujeta a prisión preventiva, y seis meses cuando está sujeta a medida sustitutiva (CPP, art. 324 bis). En el primer caso, el plazo corre a partir del auto de prisión preventiva y en el segundo, a partir del auto de procesamiento.

Cabe advertir que las consecuencias en el incumplimiento de los plazos anteriores no extinguen la acción penal, esto es, que ante la falta de requerimiento conclusivo del procedimiento preparatorio, en los plazos indicados, la persona queda automáticamente en libertad, sin posibilidades de ser sujeta a medida de coerción durante el proceso penal y sin perjuicio de que el Ministerio Público formule el requerimiento conclusivo en otro mo-

28 Difícil resulta, en muchos casos, determinar la gravedad del delito. Hasta hoy no hay criterio que dé una solución racional a dicho concepto.

mento, situación que tampoco habilita la imposición de medida de coerción alguna.

El segundo plazo se encuentra relacionado con el tiempo máximo que puede estar sujeta una persona a medida de coerción durante la tramitación del proceso. Situación que presupone que el requerimiento conclusivo de la etapa preparatoria se ha hecho en los plazos antes señalados.

Resulta importante advertir que la legislación nacional solamente establece en este nivel un plazo máximo para aquellas personas sujetas a prisión preventiva, no así, para las sujetas a medidas sustitutivas, aspecto que necesariamente debe también contener un plazo, ya que en definitiva, estas últimas también, están limitando sus derechos.

Dos son los criterios que la legislación contempla para la determinación del plazo en que una persona puede estar sujeta a prisión preventiva: el primero, cuando "su duración supere o equivalga a la condena que se espera, considerando, incluso, la posible aplicación de reglas penales relativas a la suspensión o remisión de la pena, o a la libertad anticipada"; y, el segundo, cuando, "su duración exceda de un año; pero si se hubiere dictado sentencia condenatoria pendiente de recurso, podrá durar tres meses más" (CPP, art. 268).

En el primero de los criterios señalados operan las reglas para la determinación de la pena (CPP, art., 65), además de los beneficios penitenciarios relativos a la redención de penas por trabajo o estudio (al respecto ley de redención de penas) y, a la conmutación y suspensión de la pena. Importante es, en este sentido, la sanción que contiene la conducta típica dentro de la cual se enmarca el hecho delictivo, pero más que eso, la expectativa de pena. De allí, que dada la regulación contenida en el Código Procesal Penal relativa con la ampliación de los plazos de duración de la prisión preventiva (CPP, art. 268, último párrafo), este supuesto adquiere una doble juego con el segundo criterio.

Primero, opera para aquellos supuestos cuya sanción punitiva esperada es inferior a un año y luego, para aquellos en los que la pena es superior a un año, pero se han verificado prórrogas y las mismas alcanzan la sanción penal esperada; en estos casos, la prórroga en ningún caso podría ser superior a la pena en expectativa.

Cabe advertir que este supuesto no ha sido utilizado en la actualidad, o al menos, no se tiene noticia de su uso en ninguna de las formas señaladas. Su falta de utilización puede obedecer a la complejidad que presenta su interpretación y consecuentemente su aplicación.

El segundo supuesto es sumamente claro, sin embargo, deja abiertas las posibilidades de prórroga, en tres sentidos: primero, en relación con que la Corte Suprema de Justicia de oficio podrá autorizar la ampliación del plazo; luego, por la ausencia de criterios para la determinación de los supuestos que autorizan la prórroga; y, tercero, porque tampoco establece un plazo para las prórrogas, con lo cual el margen de discrecionalidad es sumamente amplio.

La ampliación del plazo de oficio por parte de la Corte Suprema constituye, de por sí, un avocamiento de la causa que limita el contradictorio de la defensa sobre las causas que han impedido el juzgamiento de la persona dentro del año, que es el límite máximo razonable para la existencia de una sentencia firme. Dicha situación se ve agravada, en la medida en que se interprete la inexistencia de un procedimiento para decidir la procedencia de la prórroga por parte de la Corte Supre-

ma de Justicia, tal y como ha sido interpretado por la Corte de Constitucionalidad[29].

Preocupante resulta también que la Corte de Constitucionalidad interprete, sobre la prórroga de la prisión preventiva: *"...para emitir resolución la Corte Suprema de Justicia (órgano competente) debe valorar única y exclusivamente las circunstancias y los hechos que aparecen en el proceso respectivo, de los cuales depende la decisión de mantener o no la prisión preventiva que fue decretada, y de ahí que resulte innecesario probar otros que sean extraños a tal proceso."*[30]

El nivel de arbitrariedad que puede derivarse de tal interpretación es grande, así, por ejemplo, ¿qué pasaría si el retraso obedece a un problema de organización judicial?, o bien, ¿por el retraso de los jueces en la emisión de resoluciones dentro de los plazos establecidos en la ley?; situación que es frecuente en la práctica judicial. Evidente resulta que estas deficiencias nunca podrían operar en contra de la persona imputada y, por ende, no se podría ampliar el plazo de la prisión preventiva por la inoperancia de los órganos y funcionarios encargados de la administración de justicia. ¿Cómo entonces, la persona imputada puede advertir o alegar que los retrasos obedecieron a deficiencias de los órganos del Estado?

Debe advertirse que el plazo máximo de duración de la prisión preventiva constituye una garantía para la persona frente al poder coercitivo del Estado, y, por tanto, no puede emitirse resolución que amplíe dicho plazo sin que pueda contradecir, puesto que de esta manera se estaría vulnerando la defensa en juicio (CPR, art. 12, CPP, arts. 14 y 20). De ahí, que por las características propias de la proórroga de la prisión preventiva, sea preciso que la misma se ventile a través del procedimiento de los incidentes en aplicación de las disposiciones de la Ley del Organismo Judicial.

En el caso en que se prorrogue el plazo de la prisión preventiva sin dar audiencia a la defensa, ésta deberá interponer un amparo, basándose que se vulnera el artículo 12 de la Constitución, ya que la persona es afectada en sus derechos sin haber sido oída.

Un aspecto que se ha tornado conflictivo en cuanto a la aplicación de la prórroga de la prisión preventiva, se encuentra referido al momento en que debe solicitarse y autorizarse. Al respecto la Corte de Constitucionalidad ha venido interpretando, contrario al texto de la norma, que puede solicitarse y autorizarse aún cuando el plazo de un año de prisión ya hubiere transcurrido, *"...porque dicha norma no establece que la prórroga deba solicitarse con anterioridad a la fecha de vencimiento del año de prisión, sino que únicamente indica que podrá solicitarse cuando la duración de la privación de libertad exceda de un año, sin determinar dicho exceso, lo que significa que dicha calificación es facultad de los tribunales de la jurisdicción ordinaria..."*[31].

La Corte de Constitucionalidad omite que las disposiciones que "...restringen la libertad del imputado... serán interpretadas restrictivamente", con prohibición expresa de la interpretación extensiva y la analogía, mientras no favorezcan la libertad..." (CPP, art. 14).

29 Sentencia dictada dentro del expediente 1131-95 de la Corte de Constitucionalidad con fecha 1 de abril de 1997.
30 Sentencia dictada dentro del expediente 1131-95 de la Corte de Constitucionalidad con fecha 1 de abril de 1997.
31 Sentencia dictada dentro del expediente 1518-96 de la Corte de Constitucionalidad con fecha 15 de mayo de 1997; y, Sentencia dictada dentro del expediente 162-97 de la Corte de Constitucionalidad con fecha 29 de octubre de 1997.

Cabe advertir, además, que la norma en momento alguno establece que la prórroga de la prisión "... podrá solicitarse cuando la duración de la privación de la libertad exceda de un año..." La norma únicamente plantea que "La Corte Suprema de Justicia, de oficio, o a pedido del tribunal o del Ministerio Público, podrá autorizar que los plazos anteriores se prorroguen cuantas veces sea necesario, fijando el tiempo concreto de las prórrogas...".

La prórroga, entonces, debe pedirse y resolverse siempre previo al vencimiento del plazo de un año, o bien, previo al vencimiento de las prórrogas; de lo contrario se estaría frente a una interpretación extensiva que está prohibida por el marco normativo. Una vez que el año transcurrió, es decir, al año un día sin que se haya emitido la resolución que autorice la prórroga, procede la libertad inmediata de la persona sujeta a prisión preventiva. *En el caso de que no se decrete, la defensa debería interponer una exhibición personal.*

e. Excepcionalidad

El principio de excepcionalidad es consecuencia de la garantía de presunción de inocencia que impide la imposición de una sanción previa a la emisión de una sentencia de condena.

Tradicionalmente se ha venido considerando que las medidas de coerción durante el proceso penal sólo pueden imponerse con la finalidad de asegurar la presencia de la persona imputada durante el proceso penal, evitar la obstrucción en la investigación y garantizar el cumplimiento de la sanción penal en caso de una sentencia condenatoria.

Dicha situación, como ya se advirtió, ha generado una ficción jurídica y teórica que, fundamentalmente, intenta justificar la imposición de medidas de coerción que tienen identidad con la sanción penal, como el caso de la prisión preventiva con la pena privativa de libertad, aspecto que aún no ha sido superado por la doctrina ni por los modelos normativos.

La legislación guatemalteca es clara al indicar que las medidas de coerción "...tendrán carácter de excepcionales..." (CPP, art. 14) y, por ende, "La libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar la presencia del imputado en el proceso." (CPP, art. 259), disposición, que se encuentra referida a la prisión preventiva, pero que es extensiva a cualquier medida de coerción. Más aún, cuando la misma legislación permite que "En casos especiales, se podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad". (CPP, art. 264).

Importante resulta advertir que para construir el principio de excepcionalidad en la regulación del Código Procesal Penal, es preciso realizar una interpretación sistemática, en la cual se advierte: en ausencia del peligro de fuga u obstrucción de la investigación se debe decretar la libertad por falta de mérito (CPP, art. 272), es decir, lo único que justificaría en la legislación guatemalteca la imposición de una medida de coerción previo a la sentencia de condena es la subsistencia del peligro de fuga u obstrucción de la investigación.

En especial, la legislación también ha hecho hincapié en la utilización excepcional de la prisión preventiva en los delitos menos graves y en aquellos cuya sanción prevista no sea la de privación de libertad (CPP, art. 261), ya sea porque tiene contemplada una sanción distinta «multa, por ejemplo», o bien, cuando como consecuencia del caso concreto no se espere una sanción que res-

trinja la libertad por la aplicación de una solución alternativa de conflictos «criterio de oportunidad, suspensión condicional de la persecución penal, conciliación» o la aplicación de un beneficio penitenciario «suspensión de la pena, o conmutación de la pena».

El sistema procesal de esta manera se encuentra en coherencia con el modelo constitucional que consagra el derecho a la libertad de las personas (CPR, arts. 5 y 26) y, puede darse sólo cuando existe riesgo de fuga u obstrucción de la investigación, así como en aquellos casos en que la sanción esperada no sea privativa de libertad.

f. Subsidiariedad

El principio de subsidiariedad consiste en postular siempre la utilización del mecanismo menos gravoso para la persona imputada, sobre la base de que la coerción procesal sólo puede justificarse para el logro de los fines procesales «presencia del imputado durante el proceso, evitar la obstrucción en la investigación».

De esa manera, la medida a imponer siempre debe ser la menos lesiva y en ningún caso debe utilizar las medidas de coerción "...desnaturalizando su finalidad" o, imponiendo medidas cuyo cumplimiento fuere imposible (CPP, art. 264).

Una prohibición especial, contenida en la legislación nacional es la de evitar la imposición de cauciones económicas cuando el estado de pobreza o la carencia de medios de la persona imputada impidan la prestación (CPP, art. 264). En el caso de mujeres sometidas a proceso penal, es fundamental que la defensa tome en consideración su situación económica y la alegue al momento de dictarse una caución económica, ya que la mayoría de procesadas son mujeres de escasos recursos, madres solteras, jefas de hogar.

Así un estudio realizado por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, en el año 2003 reveló que el 98% de las mujeres privadas de libertad son madres, de cuyo total el 80% son solteras. El 71% de las mujeres madres indicó tener hijos menores que dependen económicamente de ellas. El 95.5% de las mujeres privadas de libertad realizaba trabajos como lavar ropa ajena, vender alimentos en casetas, hacer tortillas, etc., oficios catalogados como "propios para mujeres" y el 49% reportó haber tenido ingresos no mayores a Q1,000.00 mensuales[32].

En la selección de la medida de coerción se debe, entonces, partir de las medidas menos lesivas hasta llegar a aquellas más graves, y no a la inversa como se ha instalado en la práctica judicial, en donde, la primera medida a imponer es la prisión preventiva y luego es reemplazada por una medida sustitutiva.

2. Presupuestos para la aplicación de medidas de coerción

a. Imputación

La imputación constituye sin lugar a dudas el presupuesto principal no sólo de las medidas coercitivas sino de todo el proceso penal. Precisamente, su base parte del fin que persigue el proceso penal, es decir, la averiguación de un hecho delictivo, las circunstancias en que pudo ser cometido y la posible participación de la persona imputada (CPP, art. 5).

32 Ana Lucía Moran, *Mujeres y prisión*. Guatemala, ICCPG, 20004. Pág. 34.

De esa cuenta, la imputación como presupuesto para la imposición de medidas de coerción debe tener, como primera característica, el relato de un hecho de la realidad, susceptible de verificarse probatoriamente.

Ese relato del hecho, en consecuencia, no admite categorías normativas o subjetivas, es decir, imputarle a una persona tipos penales o descripciones normativas como cometer un determinado hecho con imprudencia, negligencia, impericia, en el caso de hechos de tránsito; o, dar muerte con alevosía, premeditación, ventaja; o bien, en el caso de categorías subjetivas, como haber sido deshonesta por tomar cosa ajena.

En la práctica judicial es frecuente que la imputación que se formula a la persona sometida a proceso sea imprecisa. Generalmente se recurre a indicarle que se le imputa el delito de robo, o bien, que ha cometido un hecho con alevosía, o por conducir en forma imprudente.

Dichos vicios en la formulación de la imputación la tornan inefectiva para privar a la persona sindicada de un derecho mediante la imposición de una medida de coerción.

Precisamente, la imputación clara, precisa y circunstanciada es un elemento que atraviesa todo el proceso penal. Es requisito indispensable que se le haga saber a la persona detenida el motivo de su detención en forma que le sea comprensible (CPR, art. 8º), ya que, si se incorporan elementos normativos o subjetivos, es obvio que la persona común no podrá comprender el hecho que se le atribuye.

De la misma manera, en la audiencia de primera declaración previo a que la persona declare, se le debe hacer saber el hecho que se le atribuye con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocida (CPP, art. 81).

La segunda característica de la imputación se refiere a que la misma pueda ser comprobable o sustentable probatoriamente; esto es, que existan evidencias que demuestren que el hecho efectivamente existió en la realidad y que la persona lo ha cometido o participado en él.

Esta característica también es vulnerada, con frecuencia, en el sistema judicial guatemalteco, fundamentalmente, en los casos que inician como producto de la prevención policial, por detención flagrante. En la práctica judicial es frecuente que la prevención policial sea considerada como medio de prueba, es generalizado que los autos de prisión preventiva o medida de coerción se encuentren sustentados en dicho acto introductorio[33]. El parte (informe) de policía, como ha sido reiterado en diversos cursos de capacitación, no constituye ningún medio de prueba, es en sí mismo un acto por medio del cual se inicia el proceso penal, por lo tanto al igual que la denuncia y querella no pueden fundar por sí mismos una medida de coerción.

La sustentación probatoria de la imputación es básica desde el primer acto del proceso penal. Se puede tener un relato fáctico bien estructurado pero si no existe ninguna evidencia que permite verificar que el hecho existió y que la persona a la que se le atribuye lo cometió o participó en él, habría ausencia de imputación fáctica, es decir, para que exista

33 En los autos de prisión preventiva es frecuente que se cite como medio de prueba los llamados, equivocadamente, partes de policía.

imputación el relato que se atribuye a la persona, debe tener algún medio probatorio que permita verificar que éste sucedió tal y como se relata.

Resulta oportuno recordar que todos los hechos que se afirmen en una imputación deben ser probados en el proceso penal, de ahí que resulte necesaria la existencia de evidencias que permitan no sólo verificar que el hecho se dio en la realidad, sino que la persona participó en la ejecución del mismo.

Precisamente a eso se refiere la disposición que establece: "No podrá dictarse auto de prisión, sin que preceda información de haberse cometido un delito y sin que concurran motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida lo ha cometido o participado en él" (CPR, art. 13, y CPP, art. 259). Esta norma, es aplicable también a las medidas sustitutivas, derivado de la garantía de presunción de inocencia.

Las medidas de coerción, por afectar derechos inherentes a la persona, sólo pueden justificarse si la información de la comisión del hecho delictivo está sustentada probatoriamente y, a la vez, se ha probado que la persona detenida ha cometido o participado en el delito. Si bien, no requieren ser los medios probatorios definitivos ni que estén perfeccionados, sí es necesario que permitan al juez llegar a la conclusión de la existencia de motivos racionales de la participación de la persona el hecho que se le atribuye. En ausencia de esas evidencias y medios de prueba, como ya se ha indicado, debe proceder a su libertad debido a que la imputación no está sustentada probatoriamente y como consecuencia de ello no pueden fundamentarla (CPP, art. 11 bis), requisito, éste último, que deriva del modelo de Estado adoptado por Guatemala (CPR, art. 140).

Como consecuencia de ello, los motivos racionales suficientes constituyen un proceso intelectual o conclusión a la que llega la judicatura después de valorar las evidencias que le deben ser aportadas. Por tanto, no es como se ha venido concibiendo en la práctica judicial y, en ocasiones jurisprudencial, que es un proceso intelectivo que no requiere ser tangible o verificable probatoriamente, ya que entonces la actividad judicial quedaría sin posibilidad de ser controlada fácticamente.

La tercera característica se encuentra referida a la relevancia jurídica de los hechos o circunstancias atribuidos a la persona, incluyendo la participación, que tienen sustento probatorio; en otras palabras, de nada sirve un relato estructurado coherentemente y sin la inclusión de valoraciones normativas o subjetivas que se encuentren sustentadas en evidencias o medios probatorios, si esos hechos no tienen ninguna relevancia jurídica.

Es preciso recordar que el sistema penal se ocupa exclusivamente de aquellos hechos o circunstancias que son relevantes jurídicamente. Todo hecho o circunstancia que no tenga esta relevancia, más que ayudar en la clarificación de la imputación puede oscurecerla sin necesidad alguna.

Básicamente, entonces, la imputación debe contener tres características: descripción de un relato tangible que describa las características en que se cometió el hecho y la participación de la persona; la sustentación probatoria de esos hechos; y la sustentación normativa de los hechos que son susceptibles de verificarse a través de medios de prueba.

De las características de la imputación la descripción fáctica es la que determina el rumbo a seguir en la estrategia de defensa. A partir de ella se determina qué elementos del hecho se encuentran sustentados probatoriamente y, dependiendo del número de elementos sustentados, deriva la califi-

cación jurídica. Por ello es recomendable que el análisis no parta de la figura normativa que se imputa sino de los hechos que se le atribuyen y se encuentran demostrados.

No debe olvidarse que la calificación jurídica puede ser modificada en cualquier momento del proceso y se encuentra determinada por los hechos que efectivamente pueden ser o son probados.

b. Peligro de fuga u obstaculización de la investigación

Determinado que existe un hecho delictivo que se encuentra sustentado probatoriamente y atribuible a una persona, el siguiente presupuesto que se debe analizar es la existencia de peligro de fuga u obstaculización de la investigación. Estos dos presupuestos son de carácter utilitario y debido a ello, no pueden tener otros fines que no sean los de asegurar los del proceso penal, es decir, las medidas sólo pueden imponerse para garantizar la presencia de la persona imputada durante el procedimiento y evitar que éste pueda obstaculizar la investigación.[34]

Ambos presupuestos «peligro de fuga y obstaculización de la investigación», operan indistintamente, es decir; basta que se dé uno solo de ellos para que pueda imponerse una medida de coerción. Obviamente es importante tener en cuenta que estos peligros deben describirse fácticamente, sustentarse probatoriamente y tener relevancia jurídica «adecuarse a uno de los criterios que hacen inferir su existencia».

El peligro de fuga se encuentra referido al riesgo de que la persona pueda sustraerse de la comparecencia al procedimiento penal, dado que en el sistema procesal guatemalteco no se permite el juicio en ausencia[35]. Como criterios para la determinación de este presupuesto, la legislación nacional establece: el arraigo en el país; la pena que se espera como resultado del procedimiento; la importancia del daño resarcible y la actitud que el sindicado adopta frente al mismo; el comportamiento del sindicado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad para someterse a la persecución penal; y, la conducta anterior del imputado (CPP, art. 262).

La existencia de arraigo en el país se determina a partir de que la persona cuente con domicilio, residencia, trabajo o negocios que permitan valorar, en el caso concreto, que no se evadirá la persecución penal. La demostración de la falta de arraigo queda a cargo del órgano titular de la acción penal «Ministerio Público». La judicatura en consecuencia no puede presumir la inexistencia de arraigo, es decir, para que se pueda considerar que la persona carece de arraigo hay que demostrar que no concurren las condiciones que lo determinan «domicilio, residencia, trabajo o negocios».

Para el caso del extranjero se ha venido discutiendo si por su condición de no ser nacional se puede presumir la falta de arraigo. Esta situación es insostenible desde el principio acusatorio. En todo caso, el órgano tutelar de la acción penal debe de-

34 Desde el punto de vista de la coherencia del sistema de garantías son discutibles estos presupuestos, no obstante, la legislación procesal que actualmente se ha venido implementando en países de América Latina los han acogido. Cf. Códigos de Costa Rica, El Salvador, Venezuela, Paraguay, las provincias de Córdoba y el Código para las provincias de Buenos Aires, Argentina. También una buena parte de la doctrina dominante los justifica desde distintos puntos de vista.

35 Algunos también le asignan a este presupuesto el peligro de que el imputado pueda sustraerse a la sanción derivada del juicio, con lo cual, se le da a este presupuesto el carácter de sanción anticipada; vulnerando así, las garantías de juicio previo y presunción de inocencia.

mostrar que la persona imputada carece de alguna de las condiciones que permiten determinar la existencia del arraigo.

En el caso de las mujeres sometidas a proceso penal, la defensa debe tomar en consideración si son jefas de hogar y tienen a su cargo la manutención de sus hijos. Es poco probable que una mujer que tiene a su cuidado tres hijos, pueda darse a la fuga. En el estudio antes mencionado se determinó que 56% de las mujeres privadas de libertad tenían de uno a tres hijos/as y el 33% tenían cuatro hijos/as o más. Si a esto agregamos que el 80% son madres solteras, es fácil concluir que en la gran mayoría de los casos las mujeres procesadas tienen bajo su cargo el cuidado y manutención de los hijos[36].

Respecto del criterio que se refiere a la pena que se espera como resultado del procedimiento, su determinación se circunscribe a la sanción contemplada por la ley penal para el hecho imputado. Este criterio es discutible desde el punto de vista de la garantía de presunción de inocencia y juicio previo, dado que genera una presunción normativa sostenida por la expectativa de pena derivada de la imputación.

El argumento central que ha sustentado esta tesis refiere que: cuanto más grande es la sanción que se espera, como producto del procedimiento penal, mayor es el riesgo de que la imputada se sustraiga al mismo. Aspecto que, en estricto sentido, constituye una presunción normativa que vulnera el sistema de garantías.

Derivado de lo anterior, el único mecanismo que podría utilizarse para controlar la arbitrariedad que lleva implícito dicho criterio, es el control estricto de la imputación, es decir, si el relato describe hechos de la realidad que se encuentran sustentados probatoriamente y tengan relevancia jurídica, en este último caso, es fundamental que el relato fáctico que se encuentra sustentado encuadre en la figura normativa imputada.

En relación con el tercer criterio para valorar el peligro de fuga «importancia del daño resarcible y actitud que la persona imputada adopta frente a él», ya se ha dicho que resulta discutible incorporarlo para la determinación de las medidas de coerción, puesto que, éste, «reparación del daño y actitud del imputado frente a él», en estricto sentido, no constituye una de las finalidades del proceso penal. Menos, aún, puede inferirse que de la importancia del daño resarcible o de la actitud reticente de la persona imputada para la reparación, éste, evadirá someterse al procedimiento «peligro de fuga».

La importancia del daño resarcible se encuentra relacionada con la lesión efectiva que surge de la acción delictiva, de allí, que en estricto sentido no pueda valorarse en los delitos de mera actividad o de peligro. Sólo podría tenerse en consideración para los delitos de resultado.

El control sobre la importancia del daño resarcible únicamente puede efectuarse en la formulación de la imputación, mientras que la actitud de la persona imputada frente a la reparación no tiene un momento específico, puede surgir de la primera declaración, o bien, de una manifestación expresa posterior.

La imposición de una medida de coerción basada en la importancia del daño y la actitud reticente de la persona imputada frente a su reparación, puede resultar peligroso, puesto que el proceso se estaría convirtiendo en un mecanismo coactivo para con-

36 Ibid.

seguir un fin que no le corresponde. De esta manera la medida de coerción vendría a constituirse en una especie de chantaje para que se repare el daño.[37]

Los otros criterios regulados en la legislación para valorar el peligro de fuga son el comportamiento del sindicado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad para someterse a la persecución penal; y, la conducta anterior del imputado (CPP, art. 262 numerales 4 y 5).

De los criterios citados sólo el que se refiere al comportamiento de la persona sindicada durante el procedimiento podría considerarse como un criterio válido para considerar el peligro de fuga, en la medida en que la persona realice una conducta que haga manifiesta su falta de voluntad para someterse al procedimiento penal. Por ejemplo, la incomparecencia a citaciones hechas por el tribunal.

El comportamiento de la persona imputada en un procedimiento anterior o su conducta anterior como criterios para considerar la existencia de peligro de fuga, son cuestionables por su alto grado de especulación y subjetividad. Ambos criterios son propios de un sistema penal de autor. El primero de ellos, es debatible por cuanto vulnera el principio que prohíbe la doble persecución o castigo *ne bis in idem* (CPP, art. 17), por cuanto, a la persona que se hubiere resistido en un procedimiento anterior, automáticamente, se le consideraría como susceptible a sustraerse de un procedimiento penal posterior. Criterio en el cual no entraría a jugar su comportamiento durante el proceso actual, sino el pasado.

Más grave aún resulta considerar como criterio para el peligro de fuga el comportamiento anterior de la persona (CPP, art. 262.5), dado que no expresa con claridad a qué comportamiento se refiere y por lo tanto, entraría en contradicción con el principio de libertad de acción (CPR, art. 5) por cuanto nadie puede ser perseguido ni molestado por actos que no impliquen infracción a la ley.

En el caso de mujeres sometidas al proceso penal, es muy probable que la judicatura o el ministerio público valoren su profesión, especialmente si son trabajadoras sexuales[38]. Es decir, que se tome en consideración para afirmar el peligro de fuga que "la mujer ejerce la prostitución". Como se indicó, esta característica no podría fundamentar la prisión preventiva por ser una característica personal y no una "conducta". En su caso la defensa deberá argumentar que se vulnera un derecho constitucional la libertad de acción (CPR, art. 5).

Como consecuencia de lo antes expuesto una medida de coerción fundada en la conducta asumida por la imputada en un procedimiento anterior, o, simplemente, en la conducta anterior la sindicada carecería de validez conforme a los principios de interpretación de las reglas para la imposición de medidas de coerción (CPP, art. 14).

El peligro de obstaculización de la investigación se encuentra orientado a evitar que la persona pueda en forma directa o por medio de terceros destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba, así como incidir, en los coimputados, testigos o peritos para que presten

37 Esta práctica ha sido frecuente en el sistema judicial guatemalteco, en donde el sistema ha sido frecuentemente utilizado como mecanismo para el cobro de deudas o bien para forzar un arreglo que en principio sería competencia de otros fueros.

38 En el estudio señalado, se entrevistó a autoridades policíacas y se les preguntó si consideraban que las mujeres que ejercen prostitución delinquen más que otras mujeres y el 67% respondió que sí. Por lo que no es difícil imaginar que al valorar si procede una medida de coerción los funcionarios de justicia tomen en cuenta esta situación. Ibíd. Pág. 37.

una declaración falsa o se comporten de manera desleal o reticente (CPP, art. 363)

Cada uno de los criterios que permiten determinar la existencia del peligro de obstaculización de la investigación, debe estar descrito fácticamente y sustentado en evidencias que permitan verificar la existencia del riesgo. De lo contrario no se podría imponer una medida de coerción basada en la existencia de este presupuesto.

Para concluir, es importante advertir que las resoluciones judiciales no pueden indicar en abstracto que existe peligro de fuga u obstaculización de la investigación.

La necesidad de fundamentación exigida por la legislación (CPP, art. 11bis) hace indispensable que la judicatura, en cada caso concreto, exponga en la resolución las circunstancias fácticas que configuran uno o varios de los criterios normativos que configuran el peligro de fuga o de obstaculización de la investigación con la indicación del sustento probatorio de dicha descripción fáctica.

En ausencia de estos criterios, en la resolución del juez *a quo*, el tribunal superior se encuentra impedido de introducir los criterios en una resolución de alzada. En estricto sentido, el tribunal superior sólo podría entrar a indicar que la resolución carece de fundamentación y en consecuencia revocar el fallo que impone la medida de coerción.

Prácticamente, en la actualidad todas las resoluciones emitidas por los jueces de primera instancia carecen de fundamentación en cuanto a la existencia del peligro de fuga o de obstaculización de la investigación. En las resoluciones es frecuente que arriben a la conclusión de la existencia de uno de estos peligros sin indicar los criterios que configuran uno u otro presupuesto «peligro de fuga u obstaculización de la investigación».

Es frecuente que en las resoluciones se acuda a las frases “dado que existe peligro de fuga y obstaculización de la investigación, es procedente dictar la resolución que en derecho corresponde”. Esta conclusión, como ya se ha dicho, no puede ser sujeta a ningún control ni verificación, motivo por el cual la impugnación que se haga debiera ser declarada con lugar, dados los argumentos esgrimidos en este apartado.

c. Declaración de la persona imputada (derecho de audiencia)

El derecho de audiencia surge de la garantía de juicio previo, la cual exige que nadie puede ser condenado ni privado de sus derechos sin antes haber sido citado, oído y vencido en un procedimiento legal predeterminado, ante juez o tribunal competente y preestablecido (CPR, art. 12 y CPP, art. 20). De esa cuenta, no se puede imponer una medida sustitutiva sin que la persona imputada haya prestado declaración.

La declaración puede ser consecuencia de que la persona se haya presentado voluntariamente a declarar ante el conocimiento o creencia de que existe en su contra una imputación (CPP, art. 254) como producto de una citación o conducción (CPP, art. 255), o bien, derivado de su detención por orden judicial o flagrancia (CPR, art. 6 y CPP, arts. 257 y 266).

Cuando la persona ha sido detenida por orden judicial o flagrancia, la declaración debe ser recibida en un plazo que no exceda las 24 horas a partir de su detención (CPR, art. 9 y CPP, art. 87)[39]. En

39 Es importante advertir que según el marco jurídico vigente en el país la declaración del imputado debe ser recibida por un juez que se encuentre legitimado para resolver la situación jurídica del imputado. Por consiguiente, la práctica judicial consistente en que la declaración es recibida en

los otros supuestos la declaración no está sujeta a plazo alguno, simplemente, no se podrá formular acusación si a la imputada no se le da la oportunidad de declarar (CPP, art. 334).

Para que la primera declaración de la imputada pueda constituir un presupuesto procesal para la imposición de una medida de coerción debe estar conformada por una serie de formalidades que permitan la inmediación, la concentración y el contradictorio, así como la materialización del sistema de garantías en general. De esta cuenta es importante que en la misma se cumplan los siguientes principios:

La declaración debe ser recibida por un/a juez que tenga legitimidad para resolver la situación jurídica de la imputada (CADH, arts. 7.5 y 8.1);[40]

La imputada debe ser asistida por un/a abogado/a de su confianza o nombrada de oficio por el tribunal (CADH, art. 8.2.d y e.; CPP, arts. 81 y 92);

La defensa debe tener la posibilidad de entrevistarse previamente con su defendida y tener acceso a todas las actuaciones recabadas hasta el momento de la declaración (CPR, art. 14 y CPP, art. 81);

La imputada debe ser asistida por un/a traductor/a de su confianza o nombrada por el o la juez cuando no hable o no comprenda el idioma del juzgado (CADH, art. 8.2.a. y CPP, arts. 90 y 143);

El titular de la acción penal «fiscal o querellante exclusivo», debe formular el requerimiento para la imposición de una medida de coerción (CPR, art. 251);

La judicatura debe comunicar a la imputada el hecho que se le atribuye con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocidas (CPP, art. 81);

La judicatura debe comunicar a la imputada la calificación jurídica provisional del hecho que se le atribuye y las disposiciones penales aplicables (CPP, art. 81).

La judicatura debe indicarle a la imputada los elementos de prueba existentes (CPP, art. 81).

La judicatura debe indicar a la imputada los derechos y garantías que establece el ordenamiento jurídico, en especial, que tiene el derecho de declarar libremente o abstenerse de declarar total o parcialmente, lo cual, no podrá ser utilizado en su contra (CPR, art. 16; CADH art. 8.2.g; CPP, arts. 15 y 81).

Diversas prácticas judiciales y de organización de las instituciones vinculadas al sistema de administración de justicia han venido legitimando la violación a los principios antes descritos; las cuales, necesariamente, tienen incidencia en la imposición de las medidas de coerción, en virtud de que la declaración de la persona, principalmente, la primera declaración, es un presupuesto necesario para la imposición de medidas restrictivas de derechos durante la sustanciación de un proceso «medidas de coerción».

Uno de los principales problemas que se presentan en la primera declaración de la imputada es que la misma está siendo concebida como un mero trámite formal para la imposición de medidas de coerción y no como una garantía. Precisamente,

el juzgado de paz «nótese que no se indica el juez» carecería de valor para considerar que se ha cumplido con dicho requisito. Esa declaración ante el juzgado de paz, en momento alguno puede constituir un acto válido para justificar que la persona quede privada de su libertad. Sobre este punto se abundará más en el desarrollo de este apartado.

40 "La declaración extrajudicial carece de valor probatorio." (CPR, art. 9),

la puesta a disposición de un/a juez, según el marco normativo, tiene por finalidad que se escuche a la persona para materializar el contradictorio que permita verificar la legalidad de la detención.

El cambio en esta concepción sólo puede darse en la medida en que la defensa opere como verdadero contralor de la función judicial en este acto procesal, en donde se exija en primer lugar que el o la juez sea quien escuche a la persona detenida y no, como en la práctica procesal, que esta función ha sido delegada indebidamente, por regla general, en personal no legitimado para cumplir con dicha función (oficiales). La oposición a que la declaración sea recibida por los oficiales y la impugnación de las declaraciones así recibidas, es una de las estrategias defensivas que puede ayudar al cambio de dicha práctica. Por demás resulta decir que una declaración recibida por un oficial contiene un defecto absoluto por cuanto la garantía es que sea el o la juez quien escuche a la persona, más aún, cuando ha sido detenido por orden judicial o flagrancia.

Otro aspecto que está afectando la recepción de la primera declaración es la ausencia del órgano encargado de la persecución penal: el o la fiscal. Esto no permite la formulación concreta de la imputación y ha generado que el parte policial siga siendo el centro incontrovertible, no sólo en la primera declaración, sino muchas veces en la sustanciación de todo el proceso penal. El parte de policía «prevención policial» es únicamente un acto introductorio al proceso por medio del cual se pone en conocimiento un hecho delictivo, el cual necesariamente, en los delitos de acción pública, debe pasar por el órgano titular de la persecución penal para que pueda formular la imputación en la forma descrita en este documento.

La falta de claridad en el hecho que se atribuye a la imputada en la primera declaración es un aspecto que no debe ser construido por el o la juez, dado que la potestad judicial es la de juzgar y, por lo tanto, su función es verificar si la imputación se encuentra descrita fácticamente, que parte de la imputación es verificable probatoriamente y, consiguientemente, fijar la imputación por la cual se le motivará auto de procesamiento; además, fijar la calificación de los hechos descritos y sustentados probatoriamente.

Si la función de construir la imputación en la primera declaración queda a cargo de la judicatura y ésta a su vez es quien la valora y fija en el auto de procesamiento, se corre el riesgo de parcializar la decisión judicial y se rompe con el esquema de contradicción que debe existir natural y jurídicamente en un proceso penal. ¿Quién y cómo puede discutirse la formulación de la imputación hecha por el o la juez, que a su vez debe fijarla en definitiva? Notorio resulta que para garantizar la imparcialidad del juez, es indispensable que la formulación de la imputación en la primera declaración debe ser formulada por un órgano distinto, el cual, en el caso del sistema jurídico guatemalteco corresponde al titular de la acción y persecución penal, de allí es que resulta necesaria e indispensable la presencia de la fiscalía en la audiencia de primera declaración.

Como corolario de las prácticas judiciales que afectan los principios que deben regir la recepción de la declaración de la imputada se encuentra que ésta es recibida, en su mayoría, por juzgados que carecen de legitimidad normativa para recibirla y en ausencia de la defensa.

Básicamente en relación con la recepción de la primera declaración por un juez con ausencia de competencia para escuchar y resolver la situación jurídica de la persona imputada, en la práctica judicial, se ha venido utilizando, equivocada y gene-

ralizadamente, la declaración prestada ante el juzgado de paz como presupuesto para que la persona continúe detenida, es más, en muchos casos se ha utilizado incluso como presupuesto para decretar la medida de coerción; es decir, los juzgados de primera instancia imponen directamente la medida de coerción utilizando como presupuesto la declaración prestada en el juzgado de paz, sin que dicho acto siquiera haya sido renovado.

Lo correcto, según el marco normativo, ante dicha práctica, es que la primera declaración en los delitos de acción pública y en los de acción pública dependiente de instancia particular que tengan prevista pena privativa de libertad sea recibida por los jueces de primera instancia o jueces de paz comunitarios que son los únicos competentes para escuchar al detenido y resolver su situación jurídica en los tipos de delitos señalados (CPP, arts. 87, 259, 552.c). Los/as jueces de paz sólo pueden recibir la declaración de la persona imputada en los delitos que no tengan prevista pena privativa de libertad (CPP, art. 44) y en los delitos de acción privada (CPP, art. 477), caso en el cual, además, están legitimados para resolver la situación jurídica de los imputados o imputadas[41].

De lo anterior, la interpretación del artículo 87 del Código Procesal Penal que dice: "Si el sindicado hubiere sido aprehendido, se dará aviso inmediatamente... al juez de paz en su caso, para que declare en su presencia..." Sólo puede interpretarse que es al juez de paz en los delitos de acción pública no sancionados con pena privativa de libertad y delitos de acción privada o, al juez de paz comunitario en todos los hechos delictivos; pero nunca se podría interpretar que ante la judicatura de paz podrían ponerse personas detenidas por delitos cuya sanción sea la de prisión, excepto los delitos de acción penal privada.

Una declaración prestada ante un/a juez de paz por delitos de acción penal pública o acción penal pública dependiente de instancia particular que tengan contemplada pena privativa de libertad, no puede, en consecuencia, ser un presupuesto para la imposición de una medida de coerción «prisión preventiva o medida sustitutiva», ni mucho menos legitima que una persona continúe detenida luego de las 24 horas a partir de su detención.

Como estrategia de defensa ante esta práctica se puede utilizar la exhibición personal en los casos en que la primera declaración de la imputada haya sido prestada ante un/a juez de paz y hubieren transcurrido ya las 24 horas posteriores a su detención, sin que haya declarado ante un/a juez de primera instancia o de paz comunitario.

Frente a la violación a la garantía de declarar ante juez que tenga legitimidad, la defensa puede adoptar tres estrategias, dependiendo del tiempo transcurrido y del estado procesal:

La primera estrategia consistiría en interponer un recurso de exhibición personal cuando la persona se encuentra a disposición del juez de paz y éste/a por las reglas de competencia no está legitimado/a para recibir la declaración de la imputada, «delitos de acción pública o de acción pública dependiente de instancia particular que tengan contemplada pena de prisión» siempre que no hayan transcurrido las 24 horas por violación al principio que exige: "Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin

41 La exclusión de los jueces de paz para escuchar al detenido y resolver su situación jurídica en todos los hechos delictivos es consecuencia inicialmente de la reforma introducida por el decreto 32-96 y acentuada por el decreto 79-97, ambos del Congreso de la República. Este problema generado por la reforma se resolvería con una verdadera transformación de la organización del poder judicial, la cual ha sido postergada por las diferentes administraciones.

demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio." (CADH, art. 7.5).

Dicha estrategia defensiva encuentra sustento jurídico igualmente en la Convención Americana de Derechos Humanos que establece: "Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona." (CADH, art. 7.6).

La exhibición personal, igualmente podría utilizarse cuando transcurridas las 24 horas de detención el o la juez de primera instancia no hubiere recibido la declaración de la imputada, aún y cuando existiere resolución que impone una medida de coerción «prisión preventiva o medida sustitutiva», dado que, la declaración prestada ante el o la juez de paz adolecería de un defecto absoluto por cuanto la imputada no declaró ante un juez con legitimidad para resolver su situación jurídica y, por tanto, vulnera una garantía de la imputada sujeta a detención (CPP, art. 283).

Por otra parte, debe advertirse que la declaración prestada ante el o la juez de paz en aquellos delitos en los que no puede resolver la situación jurídica, no se encuentra regulada en la legislación interna. En la práctica se le ha dado el nombre de declaración para hacerle saber a la persona detenida el motivo de su detención, derecho éste que está obligado a hacerle saber la policía al momento de la captura (CPR, arts. 7 y 8), el cual, también, debe darse a conocer al momento de la primera declaración (CPP, art. 81) por parte del o la juez competente para escuchar al detenido y resolver su situación jurídica (CADH, arts. 7.5 y 8).

La otra estrategia defensiva que puede utilizarse es la impugnación de la primera declaración de la imputada por vía de la actuación procesal defectuosa, en el caso en que el o la juez de primera instancia funde la imposición de una medida de coerción basada en la declaración prestada ante el o la juez de paz, estando éste impedido para practicar dicho acto procesal sin que el mismo se hubiere renovado y emitido nueva resolución que imponga una medida de coerción, siempre que haya transcurrido el plazo para apelar el fallo que impone una medida de coerción.

Como fundamento legal para dicha estrategia jurídica puede utilizarse la imposibilidad de que un acto viciado pueda ser utilizado como presupuesto para fundar una decisión judicial (CPP, art. 281). El vicio del acto está dado por la ilegitimidad del o la juez de paz para recibir la declaración de la imputada y, por consiguiente, al estar impedido para ello, el acto no podría utilizarse para fundar la decisión que impone la medida de coerción por cuanto se vulnera una garantía constitucional (CPP, arts. 91 y 283).

Las consecuencias de esta estrategia tendrían como efecto que el o la juez declare nulo el acto de la primera declaración y el acto que impone la medida de coerción y renueve los actos viciados, es decir, no necesariamente tendría como efecto inmediato el cese de la medida de coerción, salvo,

por ausencia de los requisitos que exige la imputación o la inexistencia del riesgo de fuga o de obstaculización de la investigación, aspectos que pueden controlarse en la primera declaración y en la resolución que imponga la medida de coerción.[42]

Como tercera estrategia defensiva se puede recurrir a la apelación siempre que hubiere una resolución que imponga una medida de coerción (CPP, art. 404) y, el plazo para impugnar no hubiere vencido (CPP, art. 407). El argumento jurídico que habilita esta impugnación consistiría en que la resolución ha sido emitida habiéndose tenido como presupuesto un acto viciado «primera declaración prestada ante el juez de paz», sin que se hubiere renovado ante un juez competente para escuchar al detenido y resolver su situación jurídica, como consecuencia, el juez *a quo* no podría imponer una medida de coerción.

Si bien la apelación como estrategia defensiva muchas veces no se utiliza por las prácticas judiciales, tendientes, en su mayoría a ser perjudiciales para la persona imputada, en este momento procesal la apelación no suspende el trámite del proceso, pero sí la ejecución de la resolución que impone la medida de coerción (CPP, art. 408), es decir, la imputada debe quedar en libertad durante la sustanciación del recurso de apelación, dada la inexistencia de una regla que indique lo contrario y la imposibilidad de interpretar las normas que restringen la libertad en contra de la persona sometida a proceso (CPP, art. 14).

Derivado de lo anterior, la ejecución de la medida de coerción sólo puede iniciarse cuando el tribunal de alzada ratifique el fallo de primera instancia. Ante esto podría argumentarse que el impedimento en la ejecución de la medida de coerción podría traer como consecuencia la fuga u obstaculización de la investigación por parte de la persona imputada, ante lo cual, puede decirse que nada impide para que el Ministerio Público, en coordinación con la policía, pueda adoptar medidas no coercitivas para impedir los riesgos aludidos. Tal es el caso del establecimiento de un operativo de vigilancia que, sin hostigar a la imputada, puede garantizar la eliminación de los peligros que se pretende evitar con la imposición de medidas de coerción.

Para finalizar, también se ha podido detectar que algunos fallos judiciales han basado la imposición de medidas de coerción en el hecho de que la persona se ha abstenido de declarar. Al respecto en este caso el fallo puede ser impugnado basándose en que la declaración de la imputada es un derecho que ésta tiene para que se haga efectiva la garantía de defensa, por tanto, la imputada tiene la potestad de abstenerse de declarar total o parcialmente, lo cual no puede ser usado en su perjuicio, es decir, la abstención total o parcial no puede ser considerada como presupuesto para emitir una resolución que restrinja o limite sus derechos «inicialmente, medida de coerción».

Una resolución que imponga una medida sustitutiva utilizando como fundamento que la imputada se ha abstenido de declarar, contiene, en sí misma, un defecto absoluto de anulación por cuanto estaría inobservando una garantía constitucional (CPP, arts. 91, 281 y 283).

42 El control en este caso puede hacerse por vía de la apelación. Dado que la renovación de la primera declaración necesariamente lleva a la emisión de una nueva resolución sobre la situación jurídica en que quedará el imputado, la cual es impugnable por la vía indicada.

3. Clases y características de las medidas de coerción

a. Las medidas de coerción de carácter provisional

Las medidas de coerción de carácter provisional se pueden clasificar en dos categorías: aquellas que sin restringir la libertad amenazan con restringirla «citación», y las que directamente la restringen «conducción, retención, aprehensión policial o particular». Su finalidad es meramente instrumental, ya sea para el cumplimiento de un acto procesal, en el cual es imprescindible la presencia de la persona sujeta a proceso penal o bien, para evitar la fuga u ocultación del partícipe en un hecho delictivo.

Dichas medidas se diferencian, en común, de las otras medidas de coerción «medidas alternativas y prisión preventiva» en la intensidad y duración de la restricción de la libertad, con excepción, de aquella que simplemente amenaza con restringir ese derecho.

Otra característica básica de estas medidas es que pueden adoptarse sin que previamente la persona imputada haya declarado, pero sí es importante que en ellas concurran conjuntamente los supuestos de existencia de hecho punible y participación de la persona en el mismo, los cuales, necesariamente deben ser susceptibles de verificación fáctica y probatoria.

i. Medida de coerción de carácter provisional que amenaza con restringir la libertad (citación)

La citación es una medida que si bien no restringe directamente la libertad de la persona imputada, amenaza con restringirla, cuando es hecha por el o la juez y la persona sujeta a proceso no comparece sin causa justificada.

El efecto inmediato de la incomparecencia injustificada «sin grave impedimento», de la persona imputada, ante una citación hecha por el o la juez, es la declaración de rebeldía, la cual tiene como implicaciones: la orden de detención preventiva y de arraigo ante las autoridades de migración para impedir que salga del país (CPP, art. 79). Otra implicación que también puede adoptar el o la juez es la conducción de la persona, para el cumplimiento del acto, en caso que sea determinado el lugar en el que se encuentra.

Para que la citación se considere válida y obligue la persona a comparecer, es importante que se indique: el tribunal o el funcionario ante el cual debe comparecer; el motivo de la citación; la identificación del procedimiento; la fecha y hora en que debe comparecer; así como la advertencia de que su incomparecencia dará lugar a su declaración en rebeldía, y que, en caso de impedimento, deberá comunicarlo por cualquier vía al juez o tribunal que la citó, justificando inmediatamente el motivo (CPR, art. 32 y CPP, art. 173).

Importante resulta advertir que el o la juez debe precisar el motivo por el cual cita a la persona, es decir, si es para la prestación de declaración, la participación en una audiencia (por ejemplo: revisión de la prisión, audiencia de procedimiento intermedio, debate), o la práctica de una diligencia probatoria que no pudiere ser llevada a cabo sin la presencia de la persona imputada «anticipo de prueba, reconocimiento en fila de personas».

La fiscalía también puede citar a la persona para la práctica de alguna diligencia, pero esta última no tiene obligación de comparecer; y, por tanto, no podría derivar consecuencia alguna con motivo de la incomparecencia.

En todos los casos en que una persona sea citada tiene el derecho de asistir acompañada de su abogado/a o exigir la designación de uno/a de oficio.

ii. Medidas de coerción de carácter provisional que restringen la libertad

Conducción[43]

Esta medida de coerción se caracteriza por privar de su libertad a las personas sujetas a un proceso penal cuando fuere necesaria su presencia (CPP, art. 255); al solo efecto, de presentarla ante la autoridad judicial para la práctica de una diligencia probatoria o la realización de una audiencia.

La utilización de esta medida se justifica en dos supuestos: el primero, cuando la persona sujeta a proceso penal ha sido debidamente citada y, ésta no acude sin causa justificada; caso en el cual, como se advierte, la conducción precede a la citación como requisito indispensable y previa verificación de la incomparecencia (CPP, art. 175). La segunda, opera excepcionalmente y se justifica, cuando existe el riesgo de fuga o entorpecimiento en la averiguación de la investigación (CPP, art. 175), caso en el cual, no es necesaria la citación previa (CPP, art. 255).

Es indispensable que en la resolución que ordena la conducción de la persona sujeta a proceso penal se fundamente fáctica, probatoria y normativamente el motivo que justifica la conducción.

La fundamentación fáctica consiste en estos casos, en describir si la orden de conducción obedece a la incomparecencia no justificada habiendo sido citado debidamente; o bien, a cuál es el supuesto que lleva a concluir el riesgo de fuga (CPP, art. 262) o de obstaculización de la investigación (CPP, art. 263).

Probatoriamente, la fundamentación, en el primer supuesto, se remite directamente a la verificación de la incomparecencia a la diligencia probatoria o a la audiencia sin que la misma se hubiere justificado; y en el segundo, a la evidencia que permita la verificación del supuesto que lleva al juez a concluir la existencia del riesgo de fuga u obstrucción de la investigación.

Resulta importante advertir que la facultad de conducir a una persona sujeta a proceso penal es exclusiva de los jueces.

Las consecuencias posteriores a la realización del acto procesal que motivó la conducción, de la persona sujeta a proceso penal, dependerán de la valoración que el o la juez haga de los riesgos de fuga u obstrucción de la investigación, supuestos que se valoran siempre y cuando exista una imputación «hecho punible y grado de participación», los que como ya se ha indicado preceden a la valoración de los riesgos antes mencionados.

Retención

Esta medida de coerción consiste en restringir la libertad de las personas que están presentes en la práctica de una diligencia en la que se hace necesario individualizar a los partícipes y testigos (CPP, arts. 188 y 256). Su carácter es excepcional, se justifica cuando se practica una inspección en un lugar

43 Esta figura también puede ser utilizada para la conducción de testigos o peritos cuya presencia en las diligencias o audiencias sea necesaria (CPP, art. 175).

(CPP, art. 188); o, en los primeros momentos de comisión de un hecho punible (CPP, art. 256).

Para que sea legítima la retención en el caso de la inspección en un lugar es preciso que, ésta «la inspección», se realice previa autorización judicial, sin que por ello, en la orden consigne la facultad de retener a las personas que se encuentren en el lugar.

Cuando la retención es producto de una intervención en los primeros momentos de comisión de un hecho punible no requiere orden judicial, ni presencia de juez, basta con que el hecho que da origen a la retención sea un hecho delictivo.

En ambos casos la autoridad que dirige la inspección o el manejo de la escena del crimen, se encuentra facultada para ordenar la retención de las personas que se encuentren presentes, la cual, únicamente, puede durar el tiempo necesario para la práctica de la diligencia, siempre que sea durante los primeros momentos de un hecho punible,.

Siempre, al concluir la diligencia se debe adoptar una decisión: la libertad o la aprehensión. En todo caso la aprehensión sólo podrá recaer sobre el partícipe que haya sido detenido en flagrancia, o, en su defecto, siempre que medie una orden judicial (CPR, art. 6; CPP, art. 257), cuando quien dirige la diligencia es un funcionario distinto al juez, dado que si el hecho no es flagrante el o la juez puede emitir la orden de detención.

Si la aprehensión es practicada por funcionario distinto al juez (fiscal o agente de policía) la persona detenida deberá ser puesta a disposición de juez competente (CPR, art. 6; CPP, art. 87)

La defensa o la persona imputada solamente pueden oponerse a la retención cuando la inspección no fuere ordenada por orden de juez (CPP, art. 188), o bien, si no se da como producto de haberse realizado en los primeros momentos del hecho punible, o si la retención se extiende más allá de la práctica de la diligencia, sin que se haya tomado la decisión de poner en libertad a las personas o medie orden judicial que ordene la detención, caso en el cual, deberá ponerse a disposición del juez a quienes hubieren sido aprehendidos/as.

En los supuestos antes indicados la defensa o la imputada podrán interponer un recurso de exhibición personal cuando se esté practicando la diligencia o desde el momento en que la misma haya concluido sin haberse decidido sobre la libertad o aprehensión.

También dentro del proceso podrá promoverse una actuación procesal defectuosa, la cual, si el acto afecta pruebas, quedará inhabilitada para ser admitida (CPP, art. 183) y, consecuentemente, para valorarse (CPP, art. 186).

Si como producto de la retención ilegal no se ven afectados medios de prueba, siempre es importante que se declare la actuación procesal defectuosa, cuando la persona ha sido detenida en virtud de que existiría una detención ilegal; y, como consecuencia de ello, no podría tenerse como presupuesto para fundar ninguna otra medida de coerción «prisión preventiva o medida sustitutiva».

Importante resulta advertir que la retensión es el único mecanismo de coerción en el cual no se requiere que el hecho punible le sea atribuido a los retenidos «grado de participación», pero sí exige que el hecho que la motiva sea considerado delictivo; en todas las demás, incluso en la citación, es imprescindible que el hecho le sea atribuido a la persona sujeta a medida de coerción.

Aprehensión

La aprehensión consiste en la privación de libertad de la persona a quien se le atribuye haber participado en un hecho delictivo como consecuencia de una orden judicial o en virtud de flagrancia (CPR, art. 6; CPP, arts. 258 y 266). También podrá detenerse a la persona que se haya fugado y, sobre la cual hubiere recaído una sentencia condenatoria o bien un auto de prisión preventiva (CPP, arts. 258 y 266).

Es de fundamental importancia examinar los casos en los cuales procede la aprehensión, especialmente, la aprehensión en flagrancia, ya que la mayoría de mujeres son detenidas sin orden de juez. Un estudio realizado en 2005 reveló que el 84% de las mujeres en prisión preventiva fueron detenidas sin orden de juez[44].

Se encuentran facultados para aprehender, en todos los casos, la policía y los particulares (CPP, art. 257); con la diferencia de que para los agentes de la policía constituye un deber en los hechos punibles de acción penal pública, por delito flagrante, cuando medie una resolución judicial o en los casos en que la persona se hubiere fugado, mientras que para los particulares siempre será una facultad.

Los particulares que aprehendan a una persona siempre se encuentran en la obligación de entregar al detenido, junto con las cosas recogidas al Ministerio Público, a la policía o a la autoridad judicial «juez » más próxima (CPP, art. 257). Si el detenido fue puesto a disposición del Ministerio Público[45] o de la policía existe la obligación de ambas instituciones y funcionarios de poner a disposición de juez a la persona que hubiere sido aprehendida.

Para que la aprehensión por orden judicial sea legítima es indispensable que en la resolución por la que se ordena la detención se describa la imputación, es decir, el hecho delictivo que se atribuye a la persona contra la cual se libra la orden de captura, así como el grado de participación. Ambos supuestos deben necesariamente consignarse fácticamente e indicarse los elementos probatorios que permiten verificar la imputación fáctica.

Dichos requisitos permiten operativizar la defensa de la aprehendida en relación con la obligación que tiene la autoridad vinculada al sistema de justicia penal (policía o fiscal) de informarle acerca del hecho que se le atribuye, así como la autoridad judicial que ordenó su detención o a la cual quedará a disposición (CPR, arts. 7 y 8; CPP, art. 267).

Como puede advertirse, la exigencia de la imputación cumple una doble finalidad: la primera, se orienta a limitar el ejercicio del poder coercitivo del Estado, por cuanto, exige que la orden sea fundamentada, fáctica, probatoria y jurídicamente; y, la segunda, se dirige a la operativización del sistema de garantías desde el primer momento del proceso penal.

Otro aspecto importante en relación con la aprehensión por orden judicial, se encuentra referido a que la orden sólo puede ser emitida en los casos en que la imputada se oculte o se encuentre en situación de rebeldía (CPP, art. 266). Supuestos que deben describirse en la resolución por la cual se ordena la detención o aprehensión.

44 Ana Lucía Morán. Cifras de Impunidad en el Crimen policial contra mujeres. Op. cit. Pág. 14.

45 Sobre la legitimidad de poner a la imputada a disposición del Ministerio Público la Corte de Constitucionalidad ha señalado la obligación de esta institución de poner a disposición de juez competente la imputada dentro del plazo de 6 horas. Cf. Sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada dentro del expediente 296-94 de fecha 26 de enero de 1995.

La ausencia de los requisitos por los cuales puede ordenarse la detención (ocultación del imputado o rebeldía), así como de los requisitos que debe la misma contener «imputación: hecho delictivo y atribuibilidad» habilitan a aquélla contra quien se dirigió la orden a impugnarla vía apelación (CPP, art. 404.10), por cuanto es una resolución que restringe la libertad de la imputada. Este mecanismo de defensa opera siempre que la imputada no hubiere sido detenida, es decir, previo al momento de hacerse efectiva la aprehensión de la persona[46].

Al momento de la detención, el único recurso con que puede contar la imputada es el recurso de exhibición personal.

Cuando la persona ya ha sido aprehendida opera como mecanismo de defensa la actuación procesal defectuosa al momento de su primera declaración; en todo caso, si esa orden contiene alguna insubsistencia no podría servir de presupuesto para la imposición de otra medida de coerción procesal «medida sustitutiva o prisión preventiva» (CPP, art. 281).

El principio acusatorio (CPR, art. 251) exige también que la orden de aprehensión sea decretada a requerimiento de parte «fiscal o querellante» cuando la imputada se oculta. En el caso de la rebeldía, la orden de aprehensión es consecuencia necesaria de habérsele declarado rebelde (CPP, arts. 79 y 266).

La aprehensión por delito flagrante (CPR, art. 6; y CPP, art. 257)[47] es legítima cuando la policía o el particular detienen a la persona en el momento en que se está cometiendo el hecho delictivo, o inmediatamente después de la comisión del mismo siempre que sea consecuencia de la inmediata persecución de la persona imputada. Lo anterior significa que entre la comisión del hecho y la aprehensión debe, necesariamente, existir una persecución inmediata que no cesó. Como consecuencia de lo anterior, la flagrancia se extingue desde el momento en que cesa la persecución.

Aún y cuando el decreto 79-97 del Congreso de la República, al reformar el artículo 257 del Código Procesal Penal reguló, que igualmente procederá la aprehensión de la persona que sea descubierta instantes después de ejecutado el delito, con huellas, instrumentos o efectos del hecho delictivo que hagan pensar fundadamente que acaba de participar en la comisión del mismo, dicho supuesto no podría habilitar la aprehensión por flagrancia si entre la comisión del hecho y la aprehensión no existió una persecución inmediata. Lo anterior significa que la autoridad policial o el particular para poder aprehender, en estos casos, debe requerir una orden de aprehensión, si existieren condiciones fácticas fundadas que sustenten el peligro de fuga «ocultamiento», de lo contrario, deberá requerir que dicha persona sea citada o conducida ante el órgano jurisdiccional competente a efecto de recepcionar su primera declaración sobre el hecho delictivo que se le atribuya.

Una posición distinta, es decir, legitimar la detención de la persona que sea descubierta “instantes después de ejecutado el delito, con huellas, instrumentos o efectos del hecho delictivo que hagan pensar fundadamente que acaba de participar en la comisión del mismo” sería ampliar el concepto de flagrancia, lo cual, obviamente lesionaría el

46 Sentencia dictada dentro del expediente 1292-96 de la Corte de Constitucionalidad con fecha 11 de marzo de 1997.

47 En la práctica judicial, la detención por flagrancia es la más frecuente. En estudios realizados se ha determinado que la misma alcanza el 95% del total de detenciones que practica la policía. Cf. ICCPG. Informe presentado a la Comisión de Fortalecimiento de la Justicia. 1997. Urbina, Miguel Ángel. Situación actual de la prisión preventiva. “Visita extraordinaria al centro de detención Santa Teresa” 1999.

ordenamiento constitucional, por cuanto, toda norma que restrinja, disminuya o tergiverse un derecho garantizado por la constitución es nulo de pleno derecho (CPR, art. 44)[48].

La detención por delito flagrante es, en primer lugar, un límite al ejercicio del poder coercitivo del Estado, por tanto, su alcance no puede ser ampliado por una norma ordinaria emitida por el legislador ordinario. En segundo lugar, también constituye una garantía para el ciudadano, es decir, por fuera de la detención por flagrancia o por orden judicial, no puede ser privado de su libertad, en consecuencia, como garantía, no puede ser disminuida por una norma de menor jerarquía.

La detención por flagrancia entonces, solamente puede considerarse como tal, en dos supuestos: El primero, cuando la persona es detenida cuando está cometiendo el hecho delictivo; y, el segundo, cuando se le detiene inmediatamente después de la comisión de un hecho delictivo, existiendo entre la comisión del hecho y la aprehensión una persecución que en momento alguno cesó[49].

Una aprehensión por fuera de los supuestos antes indicados es ilegal y haría incurrir a los aprehensores en los delitos de aprehensión ilegal o detención ilegal.

Como mecanismo de defensa ante las aprehensiones por flagrancia por fuera de los supuestos establecidos se encuentran: el recurso de exhibición personal, cuando la persona ha sido aprehendida y aún no ha sido puesta a disposición del juez; y, la actuación procesal defectuosa (CPP, art. 281), al momento de la primera declaración de la imputada, para impedir que dicha detención sirva de fundamento para la imposición de una medida de coerción posterior a su declaración (CPP, art. 281).

Dos son los efectos procesales que pueden derivar de la declaratoria de una aprehensión ilegal:

El primero de carácter relativo, consiste en que si la aprehensión fue ilegal pero no afecta un medio de prueba sustancial para la sustentación del hecho delictivo o de la participación, la declaratoria de ilegalidad, sólo afectará las decisiones posteriores que hayan sido tomadas en relación con la medida de coerción a la que quedó sujeta la imputada, es decir, serán nulos sólo los actos posteriores que imponen una medida de coerción; y, para sanearlos, deberá necesariamente declararse la nulidad de la aprehensión, sin que por ello, se extinga la posibilidad del Estado de que, una vez saneado el acto, la imputada pueda ser nuevamente sometida a una medida de coerción.

El segundo efecto, es de carácter sustantivo, puede extinguir, incluso, la acción penal, si como producto de la aprehensión ilegal se afectaron medios de prueba sustanciales para la sustentación del hecho delictivo o la participación, tal y como sucedería en un delito de posesión, tenencia o almacenamiento de estupefacientes en el que la detención hubiera sido por "caminar sospechosamente". En dicho supuesto el medio de prueba esencial para demostrar el hecho delictivo es la sustancia prohibida en posesión o almacenada por la aprehendida, y como consecuencia de que fue obtenida como producto de una aprehensión ilegal, esa

48 "...en un Estado Constitucional de Derecho esa potestad se encuentra limitada por la Constitución misma, en virtud de la supremacía que el poder constituyente del pueblo de Guatemala le ha otorgado." Sentencia dictada dentro de los expedientes acumulados 69-87 y 70-87 de la Corte de Constitucionalidad con fecha 21 de mayo de 1987.

49 Dichas detenciones en su mayoría tal y como se pudo nuevamente corroborar en el análisis de casos, son detenciones ilegales en las cuales se ha fraguado la flagrancia en dos sentidos. El primero en cuanto a la detención al momento de la comisión del hecho o instantes después luego de la persecución. Y, el segundo, en cuanto a fraguar la comisión del hecho delictivo.

prueba no podría ser utilizada para demostrar ni el hecho delictivo ni la participación.

Importante resulta para los efectos procesales, tener en cuenta que la aprehensión por flagrancia sólo puede hacerse en los delitos de acción penal pública y en los delitos de acción penal pública dependiente de instancia particular cuando el legitimado (agraviado/a) ha practicado la detención, o alguien en su lugar, o bien, puesto en conocimiento de la autoridad policial el hecho punible de una forma tal en que subsiste, entre el momento del hecho y la detención, la persecución. Es decir, la autoridad policial en los delitos de acción penal pública dependiente de instancia particular, en ausencia de denuncia del/a agraviado/a, no puede aprehender, aún y cuando, el hecho sea flagrante. La actividad policial únicamente debe limitarse a: "...intervenir para evitar que continúe la lesión del bien jurídico tutelado o la comisión de otros delitos y para asegurar los medios de investigación." (CPP, art. 24 ter).

Cuando en los delitos de acción penal pública o en los delitos de acción penal pública dependiente de instancia particular ha cesado la persecución, la aprehensión sólo puede efectuarse si media orden judicial (CPP, art. 266).

En los delitos de acción privada (CPP, art. 24 quater) la detención sólo puede realizarse si existe orden judicial.

La detención de la persona que se haya fugado y sobre la cual hubiere recaído una sentencia condenatoria o un auto de prisión preventiva, no requiere necesariamente de una orden de detención. Sin embargo, si ésta se hiciere necesaria bastará con remitirse a la resolución por la que se decretó la prisión preventiva y expresar el motivo que provoca la necesidad del encarcelamiento actual, que para el caso, será la fuga.

Al momento de producirse la aprehensión, la persona detenida deberá ser informada de lo siguiente:

Imputación «hecho punible que se le atribuye y grado de participación» (CPR, art. 7; CPP, art. 267) La imputación como ya se ha indicado debe describirse fácticamente, es decir, indicando los supuestos de la realidad que configuran el hecho delictivo y la participación, en relación con el tiempo, lugar, y modo hasta el momento conocidas. No es suficiente, en consecuencia, indicarle el nombre del hecho delictivo que se le atribuye.

Autoridad que ordenó su detención, o en su defecto, que ha sido detenido por flagrancia (CPR, art. 7; CPP, art. 267).

Lugar en el que permanecerá (CPR, art. 7).

Autoridad ante la cual quedará a disposición (CPR, art. 7).

El derecho que tiene a que se le comunique a la persona el motivo de su detención, la autoridad que la ordenó, en su caso, y el lugar en el que permanecerá (CPR, art. 7). Esta comunicación es obligatoria para la autoridad que practicó la detención.

El derecho a ser oído por una autoridad judicial y a que la misma verifique la legalidad de la detención (CADH, art. 7.4.)

El derecho a declarar libremente se refiere a una garantía exclusiva de la imputada, quien no puede ser obligada a declarar contra sí misma ni declararse culpable (PIDCyP, art. 14.3.g, CADH, art. 8.2.g.; CPR, art. 16; CPP, arts. 81, 85).

El derecho a defenderse por sí misma y a ser asistida por un/a defensor/a de su confianza o, en su defecto, por uno designado por el Estado (PIDCyP,

art. 14.3.d.; CADH, art. 8.2. d., y e.; CPR, art. 8.; CPP, arts. 81, 92, 99).

El derecho a conocer todas las actuaciones, documentos y diligencias sin reserva alguna (CPR, art. 14, CPP, art. 314).

El derecho a proponer medios de prueba y controlar los medios de prueba desarrollados por la acusación (PIDCyP, art. 14.3.e. CADH, art. 8.2.f.; CPP, arts. 315 y 316).[50]

El derecho a ser asistido por intérprete si no comprende o habla el idioma del tribunal (PIDCyP, art. 14.3.f.; CADH, art. 8.2.a.; CPP, arts. 90, 142, 143); y,[51]

El derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa (PIDCyP, art. 14.3.b.; CADH, art. 8.2.c.).

Luego de efectuada la aprehensión y de haberle hecho saber la imputada el motivo de su detención y los derechos que le otorga el ordenamiento jurídico, deberá ponérsele a disposición del juez de primera instancia. La verificación de estos requisitos por parte de la defensa es fundamental, ya que de acuerdo con el estudio antes citado, a 93% de las mujeres detenidas no se les informó sobre sus derechos. Esta omisión daría lugar a responsabilidad disciplinaria por parte de las autoridades policíacas[52].

Si en el lugar donde se produjo la detención no hubiere juez de primera instancia, se podrá poner a disposición del juez de paz competente. En este caso, el juez de paz será competente para verificar la legalidad de la detención, dentro del plazo de seis horas, a pesar de la prohibición expresa contenida en el artículo 44 del Código Procesal Penal (ver principio de jurisdiccionalidad).

En los delitos de acción penal pública, la persona aprehendida debe ser puesta a disposición de la fiscalía, a efecto de que ésta, dentro del plazo de seis horas, decida si se ejercita la acción penal contra la detenida. Este criterio aún y cuando no está expresamente determinado en la ley, permite la materialización del principio acusatorio por medio del cual la fiscalía es titular de la acción penal pública (CPR, art.251); por lo tanto, es obligatorio que la fiscalía decida si ejerce la acción como consecuencia de existir imputación, y, en el caso de que la aprehensión fuere legal y existiere riesgo de fuga, si requerirá la imposición de una medida de coerción posterior a la primera declaración de la imputada, en caso contrario, la fiscalía está facultada para ordenar la inmediata libertad de la persona sin necesidad de poner a la detenida a disposición del juez.

Así también, si la fiscalía encuentra que la detención fue ilegal, tendrá que iniciar persecución penal contra los agentes captores que la practicaron (CP, art. 203).

---

50 Para materializar el derecho a controlar la prueba de cargo se regula la obligación del juez de darle a conocer al imputado los medios de prueba que obran en su poder previo a su primera declaración (CPP, arts. 81, 82 y 87), en la audiencia del procedimiento intermedio el imputado puede impugnar la prueba que sustenta la acusación (CPP, arts. 336 y 340) y en el debate el acusado y su defensor pueden interrogar a los peritos (CPP, art. 376) y testigos (CPP, art. 377) así como la posibilidad de controlar los demás elementos de prueba que hubieren en su contra (CPP, art. 380).

51 Para materializar el derecho de defensa en general y en particular el derecho a conocer la imputación, cuando el imputado no comprende o habla el idioma del tribunal, la legislación procesal lo faculta para que designe un intérprete de su confianza, y si no lo hace, el tribunal tiene la obligación de designarle uno de oficio (CPP, art. 90). En estos casos el interrogatorio del imputado debe ser realizado por medio de un traductor (CPP, arts. 142 y 362) y las actas y resoluciones deben traducirse al idioma del imputado (CPP, arts. 142), quien puede designar un consultor técnico (CPP, art. 243) para controlar la traducción hecha por el intérprete oficial.

52 Ana Lucía Morán. *Cifras de impunidad en el crimen policial contra mujeres.* Op. cit. Pág. 16.

b. Medidas de coerción posteriores a la declaración de la imputada

A continuación se analiza cada una de las medidas de coerción distintas de la prisión preventiva. Como ya se indicó existe un abuso en la utilización de esta limitación a la libertad. Los datos revelan que la mayoría de mujeres en situación de prisión preventiva se encuentran detenidas por delitos excarcelables, por ejemplo, en el 2003 en el Centro Preventivo de Mujeres Santa Teresa, en el departamento de Guatemala, de 229 mujeres privadas de libertad, 119 están por ese tipo de delitos. Esto significa que si bien existe un problema normativo que limita la utilización de medidas sustitutivas, éstas no se utilizan en todos los casos donde legalmente es permitido[53].

En relación con el tipo de medida que se podrá imponer, es necesario tener en consideración que la instrucción general del Ministerio Público 10-2005 en el numeral 39 señala: "Salvo en los delitos graves o en los casos donde exista información que indique que el delito cometido por la imputada está íntimamente relacionado al crimen organizado, el fiscal priorizará medidas de coerción que le permitan seguir conviviendo con sus hijos menores de edad. En los demás casos, cuando la imputada sea madre soltera el fiscal solicitará arresto domiciliario en la circunscripción departamental que le permita seguir con sus actividades laborales, solicitando a su vez la obligación de presentarse periódicamente al tribunal o a la autoridad que el designe".

i. Medidas sustitutivas

La legislación nacional establece distintas clases de medidas sustitutivas a la prisión provisional. Conforme a su naturaleza y a la restricción de derechos que imponen a la persona imputada éstas pueden agruparse en tres categorías: las que restringen la libertad de la imputada a un ámbito territorial determinado; las que la sujetan a una especie de régimen de conducta; y las que imponen la prestación, por parte de la imputada u otra persona, de una garantía patrimonial.

Otra clasificación de las medidas sustitutivas puede hacerse a partir de su finalidad, esto es agruparlas con el criterio de si se orientan a evitar la fuga de la persona imputada o la obstaculización de la investigación. Esta clasificación no se utiliza en el presente documento debido a que en definitiva, la mayoría de las medidas reguladas en la legislación nacional tienen esa doble connotación[54] «evitar el peligro de fuga y de obstaculización de la investigación». Por otra parte, esta clasificación atenúa en gran medida el carácter coercitivo de las medidas sustitutivas.

Lo anterior no excluye que el o la juez, en su resolución, exponga los fundamentos fácticos y probatorios que justifiquen si la medida se impone por existir peligro de fuga u obstaculización de la investigación, ni menos aún, que la medida que se imponga sea desproporcionada al peligro que la justifica «fuga u obstaculización de la investigación».

Sería evidente la falta de fundamentación de la resolución que impone una medida sustitutiva que carezca de la exposición fáctica y la sustentación probatoria relativa a si la medida se impone por existencia de peligro de fuga o de obstaculización de la investigación. Como consecuencia de ello se puede utilizar como mecanismos de defensa, la apelación del fallo, caso en el cual, la imputada no

53 Ana Lucía Morán. *Mujeres y prisión.* Op. cit. Pág. 63.

54 Básicamente las medidas orientadas con exclusividad a evitar el peligro de obstaculización de la investigación son: la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares (CPP, art. 264.5) y la prohibición de comunicarse con personas determinadas (CPP, art. 264.6).

podrá quedar sujeta a ninguna medida de coerción debido a la interpretación restrictiva de las normas que restringen la libertad (CPP, art. 14).

Un aspecto básico que es preciso tener en cuenta para la aplicación de las medidas sustitutivas, se vincula con el hecho de que las mismas pueden imponerse en forma autónoma o en combinación con otras de igual o distinta clase, esto es, se puede imponer una sola medida o bien varias. En este último caso, por ejemplo, se pueden imponer una combinación de medidas que restrinjan el ámbito territorial de la imputada «obligación de someterse al cuidado de una persona y prohibición de concurrir a determinadas reuniones» o bien en combinación con otra clase de medidas «prohibición de salir del país y la prohibición de comunicarse con determinadas personas».

De la imposición de cualquier medida sustitutiva deriva la obligación por parte de la imputada u otras personas que intervengan en la ejecución de la misma, de constituir un domicilio y residencia; la indicación de las circunstancias que obliguen a la imputada a no ausentarse del mismo por más de un día (CPP, art. 265.3); y la promesa formal de presentarse a las citaciones.

Como consecuencia del incumplimiento de estas reglas procede la declaración de rebeldía (CPP, art. 79).

Las medidas sustitutivas a la prisión preventiva tal y como se encuentran reguladas en la legislación nacional, se pueden definir como medidas de coerción independientes de la prisión preventiva[55] cuya diferencia, con esta última radica en la intensidad con que se limitan los derechos de la persona sujeta a proceso penal.

Precisamente, el artículo 264 del CPP en el primer párrafo considera a las medidas sustitutivas como medios razonables menos graves para evitar la fuga o la obstaculización en la averiguación de la verdad; con lo cual, se puede advertir la correspondencia existente entre los presupuestos que deben concurrir para la aplicación de la prisión provisional y las medidas sustitutivas, es decir, tanto para la aplicación de las medidas sustitutivas, como para la imposición de la prisión preventiva deben de concurrir como presupuestos: la existencia de un hecho delictivo, indicios racionales para considerar que la persona ha participado en la comisión del hecho delictivo y peligro de fuga u obstaculización de la investigación.

En consecuencia, es equivocada la conclusión vertida por la Corte de Constitucionalidad referida a que el artículo 264 del CPP "...regula las medidas que el o la juez puede aplicar a los imputados en sustitución de la prisión, en atención a circunstancias que le permitan advertir que no se fugarán u obstaculizarán la averiguación de la verdad..."[56].

Siempre para la aplicación de cualquier medida de coerción «prisión preventiva o medida sustitutiva», es necesario que exista peligro de fuga u obstaculización de la investigación, además de los otros presupuestos referidos a la existencia del hecho y los indicios de participación de la persona imputada.

En ausencia del peligro de fuga o de obstaculización de la investigación, procedería siempre la li-

55 Al considerarse a las medidas sustitutivas como independientes de la prisión preventiva no se entra justificar esta última, ya que no es objeto del presente trabajo.

56 Cf. Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 16 de diciembre de 1999 dictada dentro del expediente 105-99.

bertad de la imputada por falta de mérito, sin que ello implique la suspensión o finalización del proceso penal.

Precisamente, el artículo 259, segundo párrafo, del CPP establece: "La libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar la presencia del imputado en el proceso."; y, el artículo 272 del mismo cuerpo legal regula: "Si no concurren los presupuestos para dictar auto de prisión preventiva, el tribunal declarará la falta de mérito y no aplicará ninguna medida de coerción, salvo que fuera absolutamente imprescindible para evitar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad, caso en el cual sólo podrá ordenar alguna de las medidas previstas de substitución de prisión preventiva.".

En las dos normas citadas lo que se pone en evidencia es que la legislación procesal, congruente con el modelo constitucional[57], está privilegiando la libertad de la persona imputada durante la sustanciación del proceso; y, únicamente, autoriza la imposición de medidas de coerción «prisión preventiva o medidas sustitutivas» durante la tramitación del proceso cuando existe peligro de fuga u obstaculización de la investigación.

Medidas que restringen la libertad de la imputada a un ámbito territorial determinado:

Dentro de las medidas que restringen la libertad de la imputada a un ámbito territorial determinado se encuentran: el arresto domiciliario[58] –en el domicilio de la imputada o en otro fijado por el tribunal–, el arresto en la residencia de la imputada, el arresto en custodia de otra persona (CPP, art. 264.1) y la prohibición de salir del país sin autorización –arraigo–, de la localidad en la que reside la imputada o del ámbito territorial que el tribunal determine (CPP, art. 264.4)[59].

Como se puede advertir el ámbito territorial que el tribunal puede restringir a la imputada es diverso. La enumeración hecha por el Código Procesal Penal es meramente enunciativa en donde el límite máximo de restricción de la libertad constituye el arresto en la residencia de la imputada o en custodia de otra persona y el mínimo la prohibición de salir del país sin autorización. Entre estos extremos, el tribunal tiene potestad para determinar el ámbito territorial dentro del cual la imputada puede movilizarse, es decir, el juez puede determinar un ámbito más extenso que el máximo, siempre que no sobrepase el mínimo.

Opera como criterio para la determinación del ámbito territorial que se le delimitará la imputada, que éste sea el máximo para que la persona sujeta a este tipo de medidas de coerción pueda seguir desarrollando sus actividades con la mayor normalidad posible y el estrictamente necesario para evitar el peligro de fuga u obstaculización de la investigación. Criterio que se construye a partir del principio de proporcionalidad (CPP, arts. 14 y 264) y la interpretación restrictiva de las reglas que limitan la libertad de la imputada (CPP, art. 14).

57 Sobre este aspecto es importante tener en cuenta los artículos 5, 12, 13, 14 y 25 de la Constitución Política de la República.

58 El arresto domiciliario como producto de hechos de tránsito (CPP, art. 264 bis) es otra modalidad del arresto domiciliario, por encontrarse inmersa dentro de esta categoría no se hace alusión a la misma, sin embargo, un análisis de la misma se hace en el apartado que se refiere al principio de jurisdiccionalidad, ver apartado I literal b.

59 De acuerdo con la jurisprudencia e interpretación nacional se entiende por domicilio el ámbito territorial donde reside la persona, por residencia el lugar físico donde habita. En el caso de la medida que se refiere a la prohibición de salir de la localidad en la que reside se puede interpretar, ya sea, la circunscripción municipal donde reside el imputado o la zona o caserío en que reside. La vaguedad del término y no habiendo jurisprudencia sobre el mismo exige que en la resolución se fije con claridad a qué ámbito se está refiriendo el tribunal cuando impone esta medida.

Es obligación del juez que impone la medida que restringe la libertad de la imputada a un ámbito territorial determinado, que indique en su resolución los motivos fácticos y probatorios que lo llevan a restringir la libertad a un territorio determinado, es decir, debe indicar razonadamente, los motivos que lo llevan a imponer un arresto domiciliario en lugar de otro ámbito territorial que restrinja menos la libertad de la imputada, como por ejemplo la prohibición de salir del país sin autorización. La ausencia de dicho razonamiento podría motivar un recurso de apelación a efecto de que el tribunal de alzada verifique si la medida es la menos grave para que la imputada pueda desarrollar sus actividades con la mayor normalidad posible y la estrictamente necesaria para evitar el peligro de fuga u obstaculización de la investigación.

Un aspecto que puede generar conflicto en la aplicación de este tipo de medidas se vincula con el hecho de si la imposición de una medida que restringe al máximo el ámbito territorial de la imputada «arresto en su residencia» lleva implícita las restricciones mínimas «prohibición de salir de la localidad en la que reside, arresto domiciliario, prohibición de salir del ámbito territorial que el tribunal determine y prohibición de salir del país sin autorización».

En principio, para resolver dicha cuestión es importante tener en claro que la imposición de estas medidas se caracteriza por contener en sí mismas una disposición prohibitiva y permisiva. La primera consiste en prohibirle a la imputada salir del ámbito territorial que se le ha demarcado y la segunda en permitirle movilizarse sin ninguna otra restricción dentro de ese territorio, esto último siempre que no se le haya impuesto otro tipo de medida sustitutiva. De esta forma cuando se impone como medida sustitutiva el arresto en la residencia de la imputada se debe entender que puede movilizarse sin restricción alguna dentro de su residencia y le está vedado salir de ella. De la misma forma operarían la prohibición de salir de la localidad donde reside la persona sujeta a dicha medida de coerción, el arresto domiciliario y la prohibición de salir del ámbito territorial fijado por el tribunal.

De esa manera cada ámbito territorial que se fije constituye una barrera infranqueable para la imputada, es decir, cada ámbito de restricción máximo impide que se sustraiga de ese espacio y los subsiguientes.

Por otra parte, si la imputada sale del ámbito territorial que se le ha fijado sin autorización del tribunal, puede dar motivo a considerársele como rebelde (CPP, art. 79) lo que podría traer como consecuencia la revocatoria o reforma de la medida impuesta (CPP, art. 276) y ordenar su detención (CPP, art. 266).

Dadas las consecuencias que podrían derivar para la imputada salir del ámbito territorial que se le ha fijado es importante que la judicatura y la defensa le expliquen los límites y alcances de este tipo de medidas, es decir, dentro de qué ámbito puede movilizarse y cuáles serían las consecuencias si sale de ese territorio.

Medidas que sujetan a la imputada a una especie de régimen de conducta:

Dentro de las medidas que sujetan a la imputada a un régimen de conducta se encuentran: la obligación de someterse al cuidado de una persona o institución determinada (CPP, art. 264.2); la obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o autoridad que el tribunal designe (CPP, art. 264.3); la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares (CPP, art. 264.5); y la prohibición de comunicarse con personas determinadas (CPP, art. 264.6).

El grado de indeterminación de la forma en que se regulan estas medidas exige que la judicatura precise cuál es la obligación que debe cumplir la imputada, es decir, en cada caso: ante el cuidado o vigilancia de qué persona o institución debe someterse, la autoridad y persona ante la cual debe presentarse y la periodicidad en que debe hacerlo, las reuniones o lugares concretos a las que tiene prohibido acudir y las personas con las cuales no puede comunicarse. La ausencia de claridad en la resolución en relación con la determinación concreta de la medida que se impone tornaría imposible su cumplimiento.

Como consecuencia de que estas medidas se caracterizan por obligar a la imputada a asumir u omitir realizar una conducta determinada, es importante tener en cuenta que éstas no deben ser confundidas con las establecidas para la suspensión condicional de la persecución penal (CPP, art. 27)[60] o el régimen de conducta en los casos de aplicación del criterio de oportunidad por delitos cuyas víctimas sean indeterminadas o difusas (CPP, art. 25 bis).

Las primeras «medidas sustitutivas que sujetan a la imputada a una especie de régimen de conducta» se encuentran orientadas a evitar la fuga u obstaculización de la investigación, esto es, sus fines se circunscriben, únicamente, a garantizar los resultados del proceso penal «presencia del imputado y averiguación del hecho», en cambio las otras son consecuencia de un acto conclusivo del proceso y sus fines se orientan a verificar si la persona es capaz de sujetarse a un régimen de conducta que, en caso de ser cumplido, trae como consecuencia la extinción de la persecución penal (CPP, arts. 25 bis, 27, 32.5).

Debido a lo anterior, por ejemplo, no podría imponérsele a una persona considerada como ebria consuetudinaria, que se someta al cuidado de una institución de Alcohólicos Anónimos, si no es como mecanismo idóneo para evitar que la persona se fugue, lo cual, obviamente debe estar fundado en la resolución que impone tal medida.

Las consecuencias que derivarían del incumplimiento de este tipo de medidas no son claras en la regulación contenida en el Código Procesal, no obstante, se podría interpretar que ante el incumplimiento de la medida, la persona se ha sustraído del proceso «fuga» o ha obstaculizado la investigación. En consecuencia, la valoración de que con el incumplimiento de la medida la persona imputada ha incurrido en uno o en ambos supuestos debe hacerse en cada caso concreto.

Si se demuestra de acuerdo a los hechos concretos del caso, que la imputada con su conducta se sustrajo al proceso «fuga» o ha obstaculizado la investigación, la medida podría ser sustituida por otra que garantice en mejor forma que no se evadirá del proceso o no obstaculizará la investigación; de lo contrario, es decir, si el incumplimiento de la conducta a la que se sometió no puso en riesgo su sometimiento al proceso ni obstaculizó la investigación, debería quedar sujeta a la misma medida, siempre que el cumplimiento de la misma sea posible.

Medidas que imponen a la imputada la prestación de una garantía:

Dentro de las medidas que imponen a la imputada la prestación de una garantía se encuentran: la caución económica (CPP, art. 264.7) y la caución

60 Del artículo 28 del Código Procesal Penal se deduce como finalidad del régimen de prueba en el caso de la suspensión condicional de la persecución penal la reeducación de la persona.

juratoria «promesa de someterse al proceso» (CPP, art. 264 última parte del primer párrafo que sigue al numeral 7).

La caución económica puede consistir en el depósito en dinero, valores, la constitución de prenda, hipoteca, fianza o la entrega de bienes, garantía que puede ser prestada por la propia imputada o un tercero en su lugar.

El Código Procesal Penal también hace referencia al embargo figura que en estricto sentido vendría a constituir una verdadera medida de coerción, a diferencia de las anteriores, que se caracterizan por la prestación directa de la garantía por parte de la imputada o el tercero, motivo por el cual éstas últimas no son consideradas en estricto sentido una medida de coerción propiamente dicha, aún y cuando limiten derechos patrimoniales.

A diferencia de las otras medidas que se han abordado, las medidas que imponen la garantía económica se ejecutan luego del cumplimiento de la misma, es decir, cuando se cumple efectivamente con el depósito en dinero, valores, la constitución de prenda, hipoteca, fianza o la entrega de bienes. En consecuencia si la misma no se presta, los efectos procesales no pueden materializarse y la persona imputada queda en la situación jurídica que tenía antes de la imposición de este tipo de medidas.

Como criterio para la determinación del monto de esta medida es importante que la misma se fije atendiendo al patrimonio de la persona imputada a efecto de que no se torne imposible de cumplir, en especial, tal y como indica el Código Procesal Penal, debe evitarse la imposición de esta medida cuando el estado de pobreza o la carencia de medios de la imputada impidan que pueda cumplirla.

Es característica de esta medida que tanto la imputada como el fiador, en su caso, puedan solicitar al tribunal que autorice la sustitución del tipo de caución por otra equivalente, es decir, la imputada o el tercero (fiador) pueden plantear sustituir el depósito en dinero por una garantía hipotecaria, o cualquier otra de las contenidas en el numeral 7 del artículo 264 del Código Procesal Penal.

Si la caución económica es prestada por tercera persona, corresponde al juez decidir sobre la idoneidad del fiador, según apreciación de las circunstancias del caso concreto, encontrándose el o la fiador/a en la obligación de justificar su solvencia económica. El o la fiador/a asume solidariamente con la imputada la obligación de pagar, sin beneficio de exclusión (o sea, mancomunadamente) la suma que el tribunal ha fijado (CPP, art. 269).

La ejecución de la garantía económica puede darse sólo cuando la imputada ha sido declarada rebelde o se sustraiga a la ejecución de la pena. Para ello (ejecución de la caución) el Código Procesal Penal fija un procedimiento especial que inicia con la advertencia a la imputada y al fiador, en su caso, de la ejecución de la caución al vencimiento del plazo de 5 días si la imputada, según sea el caso, no comparece, no cumple la condena impuesta o no justifica, respectivamente, dentro de dicho plazo, su incumplimiento por estar impedida por fuerza mayor. Al vencimiento del plazo citado si la imputada no cumple, el tribunal pasará a ejecutar la caución, según el caso, con la venta en pública subasta de los bienes que integran la caución por intermedio de una institución bancaria o el embargo y ejecución inmediata de los bienes del fiador, por un juicio ejecutivo en la vía de apremio conforme lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil. La suma líquida de la caución será transferida a la Tesorería del Organismo Judicial (CPR, art. 270).

La caución económica será devuelta a la imputada o al tercero que la hubiere prestado, siempre y cuando, la misma, no se hubiere ejecutado. Si la imputada es nuevamente puesta en prisión preventiva, se revoca la decisión de constituir la caución económica ya sea por haberse reemplazado o por no ameritar ninguna medida, por sentencia absolutoria o sobreseimiento, se inicie la ejecución de la pena privativa de libertad, o la misma no se deba ejecutar «por ser conmutable o por suspensión condicional de la ejecución de la pena», o bien, se verifique el pago integro de la multa (CPP, art. 271). Este último supuesto sólo opera en aquellos delitos que contemplan como única pena la de multa. También la caución debe devolverse cuando el caso concluya por suspensión condicional de la persecución penal, criterio de oportunidad, o se clausure, archive o desestime el proceso.

En la práctica judicial dos aspectos han estado incidiendo en el uso equivocado de este tipo de medidas. El primero es consecuencia de la regulación normativa que vincula el monto de la caución al daño causado, en el caso de los delitos contra el patrimonio;[61] y, el segundo, es producto de la imposición generalizada de esta medida.

En relación con el primer aspecto es importante advertir la necesidad de una interpretación sistemática de la regulación procesal. Para ello es importante tener en cuenta que las medidas de coerción "...serán proporcionales a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento" (CPP, art. 14) y en ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad o se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible (CPP, art. 264). De esa cuenta como se puede advertir existiría un conflicto de normas en el cual la regla introducida por el decreto 23-96 del Congreso de la República referida a que el monto de la caución debe ser proporcional al daño causado, estaría desnaturalizando la finalidad de las medidas de coerción, por cuanto, esta última regla está orientada básicamente a la reparación del daño y no al aseguramiento de la presencia de la imputada en el proceso o evitar que obstaculice la investigación, mientras que la primera se orienta a garantizar la reparación del daño producido.

Esa desviación de la finalidad de la medida de coerción torna inaplicable el último párrafo del artículo 264 del Código Procesal Penal y en consecuencia, dadas las reglas de interpretación del CPP, los jueces no podrían imponer una caución económica que vincule el monto de la caución con el daño producido. Debe advertirse, además, que para la reparación del daño dentro del proceso penal son aplicables las reglas del Código Procesal Civil y Mercantil (CPP, art. 278) las cuales solo podrían imponerse cuando se ejerce la acción civil en el proceso penal y siempre a requerimiento de parte.

En cuanto a la imposición generalizada de la caución económica como medida de coerción procesal en contra de la imputada, la misma se impone, por regla general, sin tener en cuenta su situación económica lo que ha generado que la procesada no pueda cumplir con la prestación de la caución y, en consecuencia, ésta continua en prisión preventiva, interpretándose que la resolución que impone la caución económica como medida de coerción es suficiente para extender el plazo que el Ministerio Público tiene para formular el requerimiento conclusivo del procedimiento preparatorio.

61 Esta disposición fue introducida por el artículo 18 del decreto 32-96 del Congreso de la República.

Como ya se señaló, la mayoría de las mujeres procesadas son de muy escasos recursos económicos, por lo que no podrían pagar una fianza.

Frente a esta situación, no sólo es evidente que se incumple con el principio referido a que no se pueden imponer medidas cuyo cumplimiento fuere imposible (CPP, art. 264), sino a la vez, el tiempo razonable que una persona puede estar sujeta a medida de coerción sin que se le formulen cargos «acusación» o se requiera otra forma de conclusión del procedimiento preparatorio (CPP, art. 324 bis).

Como estrategia defensiva en el caso de la imposición de la medida sin tomar en consideración la situación económica de la imputada, la defensa puede utilizar la revocatoria o la apelación. En ambos casos el argumento a desarrollar debe ir referido a que la medida impuesta es imposible de cumplir, y, por tanto, no puede aplicarse por disposición expresa del artículo 264 del Código Procesal Penal.

En relación con la interpretación que se está haciendo de la extensión del plazo del procedimiento preparatorio cuando la medida de garantía económica se impone sin que la misma se haya hecho efectiva, la defensa puede provocar, al vencimiento de los tres meses, el emplazamiento para que la fiscalía formule su requerimiento conclusivo del procedimiento preparatorio, dado que, en este caso, si la persona está sujeta a prisión preventiva, materialmente, rigen los plazos de esta medida «tres meses» y no la otra «seis meses». En otras palabras, para que en éste caso rija el plazo para la presentación del requerimiento conclusivo del procedimiento preparatorio, relativo a las medidas sustitutivas, se requiere: que las mismas, se hayan hecho efectivas o materializado. De lo contrario, si la caución económica no se ha materializado, o sea, la imputada no ha dejado de estar sujeta a prisión preventiva por no poder cumplir con esta garantía formalmente, debe considerarse que la medida sustitutiva no se ha aplicado y, por consiguiente, el requerimiento de conclusión del procedimiento preparatorio debe hacerse dentro de los tres meses de dictado el auto de prisión preventiva.

La libertad bajo promesa de la imputada «caución juratoria», como ya se indicó, es otra forma de garantía que el sistema procesal guatemalteco establece dentro de las medidas sustitutivas. La misma se puede imponer cuando el peligro de fuga u obstaculización de la investigación se eliminen con la promesa de la imputada de sujetarse al proceso.

Si bien, al igual que las medidas que imponen una garantía económica, no puede considerarse como una medida de coerción en estricto sentido, la caución juratoria forma parte de las medidas sustitutivas y, es sin duda alguna, la que en menor grado vulnera los derechos de la imputada y la que más se ajusta al principio de excepcionalidad de la coerción de la persona imputada durante el proceso penal.

Como consecuencia de que esta medida es considerada una medida de coerción también tiene los mismos efectos de las medidas que se han desarrollado en este apartado, es decir, luego de la imposición de la libertad bajo promesa se debe proceder a decretar el auto de procesamiento (CPP, art. 320).

Es preciso advertir que la libertad bajo promesa impone a la imputada la obligación de someterse al proceso y no obstaculizar la investigación. Es por ello que la misma también es aplicable cuando existan dichos peligros, los cuales obviamente deben ser desarrollados por el o la juez en la fundamentación de la resolución que impone esta medida.

Medidas sustitutivas reguladas en el Código Procesal Penal

Que restringen la libertad de la imputada a un ámbito territorial determinado.	El arresto domiciliario, en su propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga (artículo 264 numeral 1). La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal (artículo 264 numeral 4). El arresto domiciliario en hechos de tránsito (artículo 264 bis).
Que sujetan a la imputada a un régimen de conducta.	La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal (artículo 264 numeral 2) La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe (artículo 264 numeral 3) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares (artículo 264 numeral 5) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa (artículo 264 numeral 6)
Que imponen a la imputada la prestación de una garantía.	La prestación de una caución económica adecuada, por la propia imputada o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas (artículo 264 numeral 7) Libertad bajo promesa (artículo 264 última parte del primer párrafo que sigue al numeral 7)

ii. La prisión preventiva

La prisión preventiva es la medida de coerción que con mayor violencia y frecuencia restringe la libertad de la imputada. Esta violencia no sólo deriva del hecho de que queda privada de su libertad en una cárcel «centro preventivo de detención», sino también por los efectos colaterales que produce para la familia y para la propia detenida la privación de libertad hasta la emisión de la sentencia de condena.

Por dicha razón, la privación preventiva de libertad ha sido cuestionada desde diferentes perspec-

tivas. Una de ellas parte de la legitimidad de esta medida de coerción por su identidad con la pena principal contenida en los sistemas penales actuales, contrariando así la garantía de presunción de inocencia, y, otras por los efectos y su uso frecuente en la práctica judicial.

En relación con la forma en que la prisión preventiva vulnera el principio de inocencia, la Corte de Constitucionalidad ha evadido esta discusión asignándole un carácter "...cautelar dentro del proceso penal cuya finalidad esencial es asegurar la presencia de la imputada durante el proceso." [62] Como si ese carácter cautelar asignado en abstracto eliminara la identidad concreta y material que la prisión preventiva tiene con la pena privativa de libertad.

En el sistema jurídico guatemalteco, la prisión preventiva es un mecanismo de coerción que puede aplicarse siempre que concurran tres supuestos básicos: la existencia de hecho punible; la atribuilidad del hecho a la persona que se le impone; y el riesgo de fuga u obstrucción de la investigación. Estos tres supuestos deben concurrir simultáneamente, y en el caso del último «riesgo de fuga u obstrucción de la investigación», siempre que no pueda ser evitado por una medida de coerción menos grave (CPP, art. 264).

Dichos supuestos como ya se ha indicado deben ser susceptibles de verificación fáctica, probatoria y jurídica, lo cual, permite que pueda ser controlada la decisión que impone la prisión preventiva (CPP, art. 260).[63]

El debate sobre la sustentación de la prisión preventiva básicamente ha venido girando en torno a los alcances del artículo 13 de la Constitución, que se refiere a los motivos para dictar auto de prisión. Según esta norma no podrá dictarse esa medida sin que proceda información de haberse cometido un delito y sin que concurran motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida lo ha cometido o participado en él.[64]

Estos elementos, información precedente sobre el hecho delictivo y los motivos racionales sobre la participación, necesariamente deben ser susceptibles de verificación fáctica «probatoria», requisito que de no expresarse en la resolución, torna nula la decisión que impone la prisión preventiva (CPP, arts. 11 bis y 260).

Sobre la base del artículo 13 constitucional, también la Corte de Constitucionalidad ha centrado la innecesariedad de contrastar la legitimidad de la prisión preventiva con la presunción de inocencia cuando expresa: "Otros sistemas jurídicos que no han regulado constitucionalmente la materia, tendrían necesidad de vincular el tema con el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano, por otro, delimitando el alcance de la prisión provisional por los valores y principios relativos a la libertad. La justicia, la seguridad, el bien común, el debido proceso y la presunción de inocencia. En nuestro sistema no es necesario, en casos como el que actualmente se estudia, extender la interpretación hasta tales valores y principios,

62 Sentencia dictada dentro del expediente 929-96 de la Corte de Constitucionalidad con fecha 24 de febrero de 1997.

63 "La presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares previstas por la ley, siempre que se adopten por resolución fundada en derecho y basada en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida." Sentencia dictada dentro del expediente 572-97 de la Corte de Constitucionalidad con fecha 11 de septiembre de 1997.

64 Sentencia dictada dentro del expediente 572-97 de la Corte de Constitucionalidad con fecha 11 de septiembre de 1997.

porque la Constitución cuenta con una norma concreta y como tal obligatoria y de aplicación inmediata, aun sin legislación de desarrollo."[65]

La legislación ordinaria expresamente prohíbe la imposición de la medida de coerción de prisión preventiva en los delitos menos graves, ni en aquellos que no tengan prevista pena privativa de libertad, o cuando en el caso concreto no se espera dicha sanción «privación de libertad» (CPP, art. 261). Disposición que es congruente con los principios de proporcionalidad, excepcionalidad, y subsidiariedad.

La determinación de los delitos menos graves, si bien es ambigua, puede interpretarse como aquellos hechos en los cuales la afectación del bien jurídico ha sido mínima, o bien, no ha producido lesión. Interpretación que aún no ha sido sometida a discusión en la práctica jurídica, por lo tanto, no ha generado jurisprudencia alguna.

Sin discusión, puede considerarse la prohibición de imponer la medida de coerción en hechos punibles que no tengan contemplada pena privativa de libertad. En este supuesto basta con remitirse al marco punitivo establecido para el hecho punible atribuido a la persona y, si éste no contiene la privación de libertad como sanción punitiva, no podrá ser susceptible de imposición de prisión preventiva.

En el caso de aquellos hechos que no se espere la imposición de una privación de libertad como sanción, es importante remitirse a aquellos supuestos en los que es factible la aplicación de un criterio de oportunidad (CPP, art. 25), suspensión condicional de la persecución penal (CPP, art. 27), extinción de la sanción por el pago de la multa (CPP, art. 32.4).

En relación con la prisión preventiva un aspecto importante se encuentra referido al plazo máximo que una persona puede estar privada de libertad, sobre este aspecto, dos son los criterios que marcan dicha duración.

El primero se encuentra referido a la duración del procedimiento preparatorio, el cual establece un plazo de tres meses para la investigación en el caso que la persona se encuentre detenida (CPP, art.323). Este plazo se computa a partir de la fecha del auto de procesamiento.

Conforme el plazo anterior, la fiscalía debe presentar su requerimiento conclusivo del procedimiento preparatorio «acusación, sobreseimiento, clausura provisional, desestimación, procedimiento abreviado, criterio de oportunidad, suspensión condicional de la persecución penal», dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se impuso la prisión preventiva.

En los casos de sobreseimiento, archivo y clausura provisional, la procesada recupera su libertad inmediatamente. Cuando se formula acusación la procesada continuará detenida hasta la finalización del debate o hasta que se encuentre firme la sentencia definitiva (es común que no se otorgue la libertad aun con una sentencia absolutoria, puesto que se espera que finalicen todos los recursos que faculta la ley).

65 Sentencia dictada dentro de los expedientes acumulados 69-87 y 70-87 de la Corte de Constitucionalidad con fecha 21 de mayo de 1987.

El segundo plazo se encuentra referido al tiempo máximo que una persona puede estar privada de libertad durante todo el proceso penal (CPP, Art. 268), existiendo para el efecto tres supuestos, por los cuales la prisión preventiva debe cesar:

Primero, lógico resulta que la prisión preventiva deba cesar, cuando nuevos elementos demuestran que no concurren los motivos que fundamentaron la prisión preventiva o tornen conveniente sustituirla por otra medida. En este caso, los nuevos elementos de juicio pueden ir orientados a la inexistencia del hecho delictivo, a la imposibilidad de atribuirle ese hecho a la imputada o bien a la atenuación o extinción de los riesgos de fuga u obstrucción de la investigación.

El segundo supuesto plantea que la prisión preventiva cesará cuando supere o equivalga a la pena privativa de libertad, tomando en consideración la posible aplicación de reglas penales relativas a la suspensión, remisión de la pena o la libertad anticipada.

La disposición más controvertida es la que se refiere a que la prisión preventiva cesará cuando su duración exceda un año de privación de libertad, plazo que puede ser prorrogado cuantas veces la Corte Suprema de Justicia lo considere conveniente.

Sobre este último aspecto ya se ha hecho alusión suficiente en la parte referente al principio de proporcionalidad y en el cual la Corte Suprema de Justicia ha adoptado criterios que, en exceso, violentan el plazo que una persona debe estar privada de libertad previo a la emisión de una sentencia de condena.

Preciso resulta advertir que contra los excesos de la Corte Suprema de Justicia en la ampliación de los plazos, no existen recursos ordinarios propiamente dichos. En términos generales se puede aplicar el recurso de *Habeas Corpus* o exhibición personal, contemplado en el artículo 263 de la Constitución, por existir una privación ilegal de libertad, desde el momento en que concurre un elemento del artículo 268 del CPP.

Sin embargo, como ya se advirtió, la Corte de Constitucionalidad, contraria a la norma, ha permitido que la Corte Suprema de Justicia haga un uso arbitrario de las facultades que le autorizan a ampliar los plazos de la prisión preventiva.

4. Procedimiento para la aplicación de las medidas de coerción

El procedimiento para la imposición de medidas de coerción está determinado por la situación jurídica en que se encuentre la imputada, es decir, si existe en su contra una medida de coerción provisional o una medida de coerción posterior a la primera declaración de la imputada «prisión preventiva o medida sustitutiva».

Las medidas de coerción provisional, solamente pueden ser decretadas por el órgano jurisdiccional competente, salvo la retención que es una facultad extensiva a los fiscales y agentes de policía en casos de urgencia. En cambio, las medidas sustitutivas y la prisión preventiva sólo pueden dictarse si previamente la imputada ha prestado declaración «primera declaración». La declaración de la imputada puede ser consecuencia de que ésta se haya presentado espontáneamente, haya sido citada, conducida o detenida por orden judicial o delito flagrante.

La audiencia, como ya se indicó, para que pueda ser considerada como presupuesto para la imposición de medidas sustitutivas, debe haberse realizado siguiendo los principios que tornen viable la operatividad del sistema de garantías.

En dicha audiencia, la defensa puede ejercer un control efectivo sobre la imputación y los riesgos procesales de fuga u obstaculización de la investigación, aspectos que tendrán incidencia en la decisión judicial sobre la imposición o no de una medida de coerción.

La recepción de la primera declaración se desarrolla siguiendo básicamente cinco pasos fundamentales:

El primero se circunscribe a la identificación de la imputada; el segundo a indicarle el hecho que se le atribuye con indicación de lugar, tiempo y modo, las pruebas que sustentan la imputación fáctica, la calificación jurídica y las disposiciones penales aplicables; el tercero consiste en hacerle saber los derechos que le asisten, en especial, que no puede ser obligada a declarar y en consecuencia puede abstenerse de hacerlo total o parcialmente, lo cual no puede ser utilizado en su contra; el cuarto reside en dejar a la imputada que declare con sus propias palabras si es que no se abstuvo de hacerlo; y el quinto relacionado al interrogatorio, iniciando por el órgano titular de la acción penal, la querella si la imputada hubiere consentido su asistencia, la defensa y el o la juez, este último con el objeto de clarificar aspectos oscuros de la declaración o el interrogatorio, por lo tanto su interrogatorio debiera ser excepcional y no la regla general.

En la práctica judicial el interrogatorio generalmente lo formula el o la juez «en realidad muchas veces por el oficial», utilizando de esta manera la facultad de interrogar en forma excesiva. Consecuencia de esta práctica es la ausencia de la fiscalía en la primera declaración, lo cual evidentemente afecta la defensa técnica en virtud de que el o la juez que interroga es quien valorará posteriormente la pertinencia o no de la imposición de la medida de coerción, generándose así, no sólo la vulneración a la garantía de que un juez imparcial juzgue, sino, además, la limitación fáctica de la garantía de defensa. Ello, con la agravante muchas veces de que las preguntas formuladas por el órgano jurisdiccional son capciosas, sugestivas o impertinentes, las cuales por demás está decirlo se encuentran prohibidas por el ordenamiento jurídico (CPP, art. 86).

Concluida la primera declaración la judicatura debe pasar a valorar la legalidad de la detención en el caso de que la imputada hubiere sido aprehendida por delito flagrante u orden judicial, o bien, directamente a valorar la pertinencia de imponer una medida de coerción.

Sobre la valoración de la legalidad de la detención es preciso tener en cuenta que no toda detención ilegal puede llevar a la libertad de la imputada, lo que no excluye las responsabilidades penales y civiles contra el funcionario que la practicó.

Asimismo, la defensa, en este momento deberá denunciar si su defendida sufrió *violencia policial o tortura.* Estas graves violaciones a los derechos humanos de las mujeres procesadas son más que frecuentes. Un estudio reciente documentó que el 34% de las mujeres detenidas denunció haber sufrido agresiones dentro de las comisarías. Agresiones que incluyen hechos tan graves como tortura y violación sexual.[66] Si el defensor o defensora desea obtener más información sobre la forma de enfrentar estos casos consulte el “Protocolo de atención a casos de tortura” elaborado por el ICCPG.

66 Ana Lucía Morán. Cifras de impunidad en el crimen policial contra mujeres. Op, cit. Pág. 16.

Es necesario recordar que ninguna prueba obtenida bajo tortura es válida. Por otra parte, esta denuncia deberá servir para iniciar proceso penal en contra de los responsables de estos graves delitos. Para documentar este tipo de casos la defensa deberá utilizar la ficha incluida como anexo A.

Dos son los supuestos en los que la detención ilegal puede derivar en la libertad inmediata de la imputada: el primero es aquel en el que el hecho por el cual se detuvo a la imputada es atípico «no delictivo» por no estar regulado en la ley «la detención por un delito patrimonial sin que exista víctima que reclame la propiedad del bien», o, porque el hecho imputado carece de sustento probatorio «no existe prueba que evidencie que el hecho se cometió o que la persona participó en él», y el segundo es aquel en el cual como producto de la detención se ha viciado la prueba que podría demostrar el hecho delictivo. En la práctica judicial este último supuesto se da con frecuencia en los delitos de mera actividad o peligro «detención por caminar sospechosamente y se le encuentra estupefacientes o un arma sin portar la licencia respectiva».

La valoración sobre la existencia del hecho y el riesgo de fuga u obstaculización de la investigación la debe realizar la judicatura en el caso concreto. Todos estos presupuestos para la imposición de medidas de coerción deben inicialmente tener algún sustento probatorio que permita la verificación de existencia de los hechos que se atribuyen y que esos hechos que se atribuyen se encuentran sustentados probatoriamente sean relevantes jurídicamente, es decir, constituyan alguna figura delictiva «todos estos aspectos son los que constituyen *la fundamentación*».

Esas valoraciones que hace la judicatura deben expresarse consecuentemente en la resolución que impone la medida sustitutiva, a efecto de que la defensa pueda controlar la legalidad y racionalidad de la medida impuesta.

Inmediatamente después de dictada la resolución que impone la medida sustitutiva el juez emite el auto de procesamiento (CPP, art. 320) y procede a elaborar el acta previa a la ejecución de la medida en la que básicamente se hacen constar las condiciones a las que queda sometida la imputada y las consecuencias que derivarían del incumplimiento de esas condiciones (CPP, art. 265).

Cuando la imputada se encuentra sujeta a una medida de coerción, la legislación contempla dos mecanismos con características particulares que pueden derivar en la imposición de una medida sustitutiva: El primero es la revocatoria o reforma del auto que impone la medida de coerción (CPP, art. 276); y el segundo, la revisión de la medida de coerción a pedido de la imputada o su defensor/a (CPP, art. 277).

La revocatoria o reforma del auto que impone la medida de coerción puede ser requerida por cualquiera de los intervinientes en el proceso penal, o bien, decretada de oficio. La legislación no establece los presupuestos en que puede darse la revocatoria o reforma de la medida de coerción, ni fija un procedimiento que permita discutir sobre la pertinencia de la solicitud o de la resolución, excepto, el recurso de apelación (CPP, art. 404.9) sobre las modificaciones.

Resulta discutible que la judicatura pueda revocar o reformar sin audiencia a la imputada la decisión que rechazó la imposición de una medida de coerción, o bien, reformar el auto que impone una medida de coerción para imponer una medida más grave. El único supuesto en que esto podría darse es cuando la imputada ha sido declarada rebelde

pero sólo para los efectos de la detención (CPP, arts. 79 y 266).

Caso contrario podría darse en el caso de sustitución de la medida de coerción por una menos grave para la imputada, pero siempre, como consecuencia de un acto viciado, la falta de un presupuesto esencial para la imposición de una medida de coerción o la falta de proporcionalidad de la medida inicialmente impuesta. Así por ejemplo, se podrá revocar o reformar la medida sustitutiva cuando la primera declaración adoleciere de un defecto absoluto (CPP, arts. 91, 281 y 283), en el caso del primer supuesto; la imputación fáctica careciere de sustentada probatorio o relevancia jurídica (CPR, arts. 5, 12, 13 y 14), el riesgo de fuga o de obstaculización de la investigación no estuviere sustentado probatoriamente (CPP, arts. 282 y 283) en el segundo supuesto, o bien, en el último caso, cuando se hubiere impuesto una medida de coerción cuyo cumplimiento fuere imposible o fuere la menos grave para la imputada.

En todos los casos citados no es necesario que hayan variado las circunstancias primitivas que originaron la imposición de la medida sustitutiva. Con las actuaciones procesales obrantes puede plantearse la estrategia defensiva, es decir, se ataca un acto procesal «primera declaración o resolución que impone la medida de coerción» que tiene incidencia en la legitimidad o racionalidad de la medida de coerción impuesta.

Sólo de la manera antes expresada la revocatoria y reforma de las medidas de coerción cobra racionalidad como institución dentro del modelo normativo vigente en el país, de lo contrario, quedaría abierta a una discrecionalidad intangible que podría derivar en la arbitrariedad judicial.

La revisión de la medida de coerción a pedido de la imputada o su defensor/a (CPP, art. 277), por su parte, sólo es procedente cuando han variado las circunstancias primitivas que fundaron la imposición de la medida de coerción. Nótese que no son todas las circunstancias primitivas, sino puede ser una sola de ellas.

En este caso cobran relevancia los presupuestos básicos que deben ser tomados en consideración para fundar una medida de coerción, esto es, la imputación y el peligro de fuga u obstaculización de la investigación.

En relación con la imputación puede presentarse que haya variado el hecho fáctico o el grado de participación de la imputada, como consecuencia de la introducción de un medio de prueba de descargo o la nulidad de un medio de prueba valorado inicialmente; con lo cual, esto puede dar origen a un tipo penal cuya sanción punitiva sea menor, a la disminución de la punibilidad por el grado de participación, o a la atipicidad del hecho imputado por falta de sustentación probatoria o relevancia jurídica «tipicidad».

Relacionado a la variación del peligro de fuga u obstaculización de la investigación, puede presentarse que dichos riesgos puedan ser destruidos por la anulación de los criterios iniciales que motivaron su consideración, como consecuencia de la introducción de prueba de descargo; la demostración de que los criterios inicialmente considerados ya no existen, bien sea por la posibilidad de prestar una garantía de cualquier tipo, o que el riesgo se ha extinguido por las condiciones materiales de la imputada o el avance del proceso.

En todos los casos las variaciones que se aleguen deben ser expuestas en el requerimiento que formule la imputada o la defensa y demostradas en la audiencia oral que debe verificarse. De todas formas la defensa puede provocar que en la audien-

cia el juez ordene la práctica de una averiguación sumaria.

En la práctica procesal la sustitución de las medidas de coerción se vienen aplicando sin atender estrictamente el sistema normativo. De ordinario, los jueces imponen la prisión preventiva, arbitrariamente[67] y posteriormente la sustituyen por una medida sustitutiva, con lo cual generan una espiral de criminalización innecesaria, que podría evitarse con un examen más riguroso de los presupuestos que habilitan la imposición de medidas de coerción.

Otro aspecto importante que puede disminuir la prisión preventiva es la asunción de una defensa más agresiva en esta etapa procesal que torne viable el sistema de garantías para consolidar un sistema de administración de justicia propio de un Estado Republicano y Democrático de Derecho.

Ejercicio 5

Caso. Claudia Yadira Méndez Juárez, de veinte años, salvadoreña, ama de casa, madre soltera de dos niñas, de acuerdo con la versión de la policía fue detenida hace dos horas en la zona uno ejerciendo la prostitución. El motivo de la detención fue que al hacerle un registro superficial se le encontró dentro del bolso siete envoltorios con marihuana.

La señora Yadira Méndez, manifiesta que es constantemente acosada por la policía por ejercer la prostitución. Indica que los agentes le piden favores sexuales para liberarla o le roban sus pertenencias. Que fue detenida el día de ayer como a las siete de la noche, durante una redada sin que hubiera motivo y llevada junto a otras diez compañeras a la comisaría 11, donde fue violada por tres agentes de la PNC. Sobre la marihuana indica que no sabe nada.[68]

Instrucciones:
Como encargados de la defensa pública de la señora Méndez, ¿cuál sería la estrategia de litigio para este caso?

67 La utilización de este término se encuentra referida a que se dicta la prisión sin hacer una valoración adecuada de la imputación y los riesgos de fuga u obstaculización de la investigación, en la forma que establece el sistema jurídico.

68 Caso elaborado por el Programa de Justicia Penal y Género del ICCPG para el proceso formativo con el Instituto de la Defensa Pública Penal.

5. Medidas de coerción tendientes a la búsqueda de la verdad

Las posibilidades de injerencia estatal en la búsqueda de la verdad se encuentran limitadas por el sistema de derechos y garantías que el ordenamiento jurídico del país le reconoce a toda persona.

De esta cuenta la Constitución Política de la República establece como derechos ciudadanos la inviolabilidad de la vivienda, de la correspondencia, de los documentos, de los libros, y de las telecomunicaciones; así también, prohíbe el registro de las personas y los vehículos, salvo causa justificada (CPR, arts. 23, 24 y 25), derechos que también son reconocidos por los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos (PIDCyP art. 17, DADyDH, art. IX, X, CADH, art. 11.2).

En relación con la inviolabilidad de la vivienda la Constitución permite que sea allanada cuando existe orden escrita de juez competente en la que se especifique el motivo de la diligencia. La diligencia de allanamiento según la Constitución, sólo puede realizarse entre las 6 y las 18 horas (CPR, art. 24).

En cuanto a la inviolabilidad de la correspondencia, documentos y libros la Constitución permite su revisión o incautación cuando existe resolución firme dictada por juez competente y con las formalidades legales (CPR, art. 25).

Según interpretación de la Corte de Constitucionalidad las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna no pueden ser intervenidos "...ya que la Constitución garantiza el secreto de las mismas, sin excepción alguna..." (Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 26/2/1995, considerando IV, numeral 15) dictada dentro del expediente 296-94. Gaceta de Jurisprudencia número 35).

El registro de personas y vehículos solamente puede ser efectuado por funcionarios o agentes de las fuerzas de seguridad y siempre que se establezca causa justificada para ello. Los elementos de las fuerzas de seguridad deben pertenecer al mismo sexo que los requisados y guardar el respeto a la dignidad, intimidad y decoro de las personas (CPR, art. 25).

Tal y como se encuentra redactada, dicha regulación constitucional deja un margen de discrecionalidad muy amplio en relación con el establecimiento de la existencia de "causa justificada" para el registro de personas y vehículos. Sin embargo, una interpretación sistemática de la Constitución permite concluir que únicamente se justifica el registro de personas y vehículos cuando existe una orden de juez o la concurrencia de un delito flagrante; de lo contrario se estaría vulnerando el principio de libertad de acción que establece: "Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma." (CPR, art. 5).

Por otra parte, este artículo constitucional ha sido sistemáticamente vulnerado en la práctica, ya que la mayoría de mujeres privadas de libertad son registradas por policías varones. Un estudio reciente demostró que el 62% de las mujeres detenidas fueron registradas en sus cuerpos por policías varones. Esta norma constitucional busca proteger la indemnidad sexual de las mujeres, por lo que al ser registradas por personas de distinto sexo, este derecho se pone en peligro.

Si la defensa registra que esta situación ha ocurrido, debe ponerlo en conocimiento de las autoridades disciplinarias correspondientes.

E. Facultades defensivas vinculadas a la operativización del sistema de garantías

1. Juez natural y derecho de defensa

Toda imputada o acusada tiene derecho a ser juzgada por un juez o tribunal competente y preestablecido (CPR, art. 12); es decir, anterior al momento en que se suscita el hecho que se someterá a su conocimiento.

En este sentido, la garantía se extiende a la prohibición de constituir jueces especiales para casos concretos (CPR, art. 12 2do. párrafo); con ello, se imposibilita la manipulación en la designación del tribunal competente para el enjuiciamiento.

Respecto de la imputada, esta garantía opera como un mecanismo propio de la inviolabilidad de la defensa, en virtud del derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, por un/a juez o tribunal competente y establecido con anterioridad por la ley (CADH, art. 8.1). De igual forma, cuando una persona se encuentra detenida tiene derecho a recurrir ante un/a juez o tribunal competente a fin de que determine sobre la legalidad o no de su arresto o detención (CADH, art. 7.6).

El control de la garantía de juez natural la puede ejercer la imputada o la defensa a través de la interposición de cuestiones de incompetencia material (CPP, art. 43), funcional (CPP, arts. 44, 45, 47, 48, 49, 50, 51) y territorial (CPP, arts. 52; LOJ, art. 54.f).

Las dos primeras, competencia material y funcional, se encuentran reguladas expresamente en el Código Procesal Penal y demás ordenamiento jurídico; mientras que, la competencia territorial la determina la Corte Suprema de Justicia (CPP, art. 52) por medio de acuerdos (LOJ, art. 54.f.).

Las cuestiones de competencia territorial o las fundadas en la conexión de causas sólo podrán ser propuestas hasta antes de comenzada la audiencia del debate (CPP, art. 57 1er. párrafo), mientras que la incompetencia por razón de la materia deberá ser declarada aun de oficio en cualquier estado del proceso (CPP, art. 57 2do. párrafo).

Existen en la legislación dos formas por las cuales se puede interponer las cuestiones de competencia. La primera por inhibitoria ante el o la juez que se considere competente; y la segunda por declinatoria a efecto de que el juez que se considera es incompetente (CPP, art. 56). Es requisito que quien propone la incompetencia exprese que no ha utilizando la otra forma (CPP, art. 56 3er. párrafo) «declinatoria o inhibitoria».

Por regla general, la incompetencia se interpone por escrito (CPP, arts.58); sin embargo, en el caso de la incompetencia material, cuando se interponga en el debate, será oral (CPP, arts 362, 369). El trámite se rige por lo dispuesto por la ley organismo judicial, para el caso de los incidentes (CPP, arts. 58 1er párrafo; 295). Esto significa que en el procedimiento preparatorio, intermedio y en la preparación del debate el procedimiento ha seguir es de dos días de audiencia, 10 días para la presentación de la prueba si fuere necesario y un término no mayor de 3 días para la resolución (LOJ, arts. 138, 139, 140).

Si la resolución es desfavorable, únicamente se puede interponer recurso de apelación a las resoluciones que sean emitidas durante el procedimiento preparatorio e intermedio (CPP, art. 404.1 CPP); si la resolución fuere dictada durante el juicio –preparación del debate o el juicio– procede únicamente el recurso de reposición (CPP, arts. 402, 403 CPP).

2. Juez imparcial y derecho de defensa

Una de las características de los sistemas procesales de los Estados de Derecho lo constituye la garantía de toda persona a ser juzgada por un-a juez imparcial e independiente (CPR, art. 203). "Toda persona tiene derecho a ser oída por un juez o tribunal independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley" (CADH art. 8.1); y, únicamente, sometido a la constitución y al ordenamiento jurídico (CPP. Art. 7).

Esta garantía se extiende al derecho que tienen los ciudadanos y ciudadanas a ser juzgados por una persona ajena, imparcial e independiente que pueda determinar su responsabilidad en el hecho fáctico.

Ello significa que cuando un/a juez juzga y resuelve un caso concreto debe ser libre e independiente de todo poder, incluso del judicial, para tomar su decisión y únicamente se le exige, que se encuentre enmarcado dentro de los límites que fija la ley.

El control que puede ejercer la imputada, acusada o la defensa respecto de esta garantía es a través del derecho a recusar al juez o tribunal cuando exista temor de parcialidad por las causales establecidas en los artículos 122 y 123 de Ley del Organismo Judicial.

Las recusaciones se pueden hacer antes de la conclusión del procedimiento preparatorio; en el procedimiento intermedio, dentro del plazo de seis días de audiencia previstos para el control de la acusación (CPP, art. 336.2); en el juicio, dentro del plazo de 6 días previsto para su interposición (CPP, art. 346); y, en los recursos al momento de interponerlos (CPP, art. 65).

Sin embargo, la recusación que se funda en motivos producidos o conocidos después de los plazos fijados, se podrá deducir dentro de las 24 horas siguientes a la producción o conocimiento de las razones que fundan la recusación (CPP, art. 65).

La forma en que se deducen las recusaciones se hace por escrito fundado; sin embargo, durante las audiencias, la recusación se puede deducir oralmente (CPP, art. 65). El trámite de la recusación se sigue conforme las disposiciones de la Ley del Organismo Judicial (LOJ, art. 129, 131).

La recusación no suspende el trámite del procedimiento (CPP, art. 67).

La recusación que fuere declarada sin lugar puede ser apelable (CPP, art. 404) cuando hubiere sido dictada por los/las jueces de primera instancia. En caso de que la misma hubiere sido rechazada por un tribunal de sentencia cabe el recurso de reposición (CPP, art. 403).

GLOSARIO

Género. Se refiere a la gama de roles, relaciones, características de la personalidad, actitudes, comportamientos, valores, poder relativo e influencia, socialmente construidos, que la sociedad asigna a ambos sexos de manera diferenciada[1].

Sexo. Condición orgánica, masculina o femenina, de los seres humanos, animales y las plantas.

Teoría de género. Se refiere al conjunto de conocimientos, categorías, hipótesis, interpretaciones, valores y prácticas relativos a los fenómenos históricos construidos en torno al sexo.

Perspectiva de género. Herramienta que permite visualizar los distintos mecanismos, formas y efectos de la construcción social de los géneros –masculino y femenino– poniendo en el centro del análisis las relaciones de poder entre hombres y mujeres.

Derecho a la igualdad. Reconocimiento previo del principio de la dignidad humana, constitutivo de los Derechos Humanos: todas las personas son iguales, y son igualmente sujetas de derecho, pues todas ellas están dotadas de una misma dignidad.

Violencia contra las mujeres. Violencia estructural que se dirige hacia las mujeres con el objeto de ejercer dominio y control sobre ellas y así mantener su subordinación al género masculino.

Teoría del caso. Es la que acompañará durante todo el proceso penal el desempeño de la Defensa Pública, desde el momento que conoce el caso, cuando le es asignado; la cual permite al abogado o abogada de la Defensa Pública Penal la mejor decisión para establecer su teoría, trabajar y desarrollar sus funciones coherentemente con una planificación determinada para lograr un resultado adecuado para la persona defendida y el ejercicio de una defensa técnica jurídica apropiada según el caso.

Identidad. Define quiénes somos y comienza desde antes de nacer. Nuestra primera identidad es el sexo, luego nombre, edad, estado civil, clase social, región, religión, profesión, nacionalidad, características físicas. Lo aprendemos en nuestra socialización.

Lenguaje sexista. Particularidad del idioma que, como en toda la concepción de la sociedad, aduce que al hablar de hombre se tiene que entender que se habla de la mujer, pero no así cuando se habla de mujer se está hablando de hombre.

Violencia intrafamiliar. Constituye una violación a los derechos humanos y para los efectos de la presente ley, debe entenderse como cualquier acción u omisión que de manera directa o indirecta causare daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o patrimonial, tanto en el ámbito público como en el privado, a persona integrante del grupo familiar, por parte de parientes o convi-

1 Exploring Concepts of Gender and Health; Ottawa: Health Canada; 2003 http://www.hc-sc.gc.ca/english/women/exploringconcepts.htm.

viente o ex conviviente, cónyuge o ex cónyuge o con quien se haya procreado hijos o hijas. (Artículo 1 de la Ley de violencia intrafamiliar).

Violencia sexual. La violencia sexual se define como: todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de ésta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos los centros de detención.

Socialización de roles sexuales. Proceso mediante el cual un individuo recibe la asignación de roles sociales que se consideran propios de su sexo.

Socialización de roles sexuales estereotipados. Proceso mediante el cual se le asigna unas tareas convencionales, tradicionales, fijadas y perpetuadas por las instituciones sociales.

Androcentrismo. Visión del mundo desde lo masculino tomando al varón de la especie como parámetro o modelo de lo humano.

Sexismo. Creencia fundamentada en una serie de mitos, en la superioridad del sexo masculino.

Feminismo. Movimiento social y político y también una teoría que parte de la toma de conciencia de las mujeres como colectivo humano oprimido, explotado y dominado por el colectivo del hombre.

Sobregeneralización. Se da cuando un estudio, teoría o texto sólo analiza la conducta del sexo masculino pero presenta los resultados, el análisis o el mensaje como válidos para ambos sexos.

Instrumentos internacionales de derechos humanos de las mujeres

Los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Guatemala[1] son aplicables a todos los habitantes del país, sin distinción alguna, en este apartado se adjuntan los específicos a derechos de las mujeres:

- Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
- Convención interamericana para revenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar
- Convención sobre los derechos políticos de la mujer
- Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada.
- Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios
- Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer
- Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer
- Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar
- Convenio No. 100 relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor
- Convenio 103 relativo a la protección de la maternidad
- Convenio 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.
- Convenio 118 sobre la igualdad de trato (seguridad social)
- Decreto 10-96. Se declara semana de la mujer la segunda semana de marzo de cada año.
- Compromisos específicos y derechos de las mujeres en los Acuerdos de Paz.

---

1 Ver Unidad II de este Manual.

BIBLIOGRAFÍA

Bacigalupo, Enrique; Técnica de Resolución de casos penales, Buenos Aires, 1990.

Batres Méndez, Gioconda; El peritaje en casos de violencia doméstica; San José de Costa Rica; ILANUD; 2002.

Bobbio, Norberto; Igualdad y libertad; Barcelona; Paidós; 1993.

Camacho Granado, Rosalía *et al.;* Caminando hacia la Igualdad; San José, Costa Rica; ILANUD; 1997

Camacho Granado, Rosalía; La maternidad como institución del patriarcado: representaciones y manifestaciones en las obreras del sector textil; Diseño de investigación; San José, Costa Rica; UNA-UCR; 1996.

Camacho Rosalía; Lara, Silvia y Serrano, Ester; Las Cuotas Mínimas de Participación Política de las Mujeres, Aportes para la Discusión; San José, Costa Rica; Centro Nacional para el Desarrollo de la Mujer y la Familia.

Casas, Lidia y Molina, Natalia; Guía de tribunales de los derechos de la mujer; Chile; CEJA; 2003.

Convergencia ciudadana de Mujeres; Reducción de la Mortalidad materna; Guatemala; 2003.

Corsi, Jorge (Comp.); Violencia familiar, Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social; Buenos Aires, Paidós; 1999.

De Barbieri, Teresita; Sobre la categoría Género, una introducción teórica metodológica; Santiago de Chile; Editorial Fin de Siglo; 1995.

Díez, Andrea; ¿Qué significa incorporar la perspectiva de género en investigaciones de las ciencias sociales?; Guatemala; ICCPG; 2005; en prensa.

Facio, Alda; Sobre el origen del concepto de género; Género e igualdad jurídica entre los sexos. San José, 1997.

Ferreira G.; La mujer maltratada; Buenos Aires; Editorial Hermes; 1989.

Francisco Javier Labrador, *et al.;* Mujeres víctimas de la violencia doméstica. Madrid, Pirámide, 2005.

García Laguardia, **Jorge Mario & Vásquez Martínez, Edmundo**; Constitución y orden democrático; Guatemala; USAC; 1984.

García-Moreno, C.; Violencia contra la mujer, género y equidad en la salud.; Harvard Center for Population and Development Studies; OPS; Publicación Ocasional, No. 6; 2000.

Graham, D., Rauling, E. Ramini, N.; Sobrevivientes del terror, mujeres maltratadas, rehenes y síndrome de Estocolmo en: Yllo K. Bogard, M; Feminist perspectives on wife abuse; Newberry Park, Beverly Hills y Londres, Sage; 1998.

Herrera, Kenia; Manual Justicia Penal y Género; ICCPG; Guatemala; 2004.

INECIP, Región Centroamericana; Impacto de la reforma del sistema penal guatemalteco, en los delitos sexuales y Violencia Intrafamiliar; Guatemala; 2004.

Lagarde, Marcela; La Identidad de Género; México D.F.; 1992.

Lagarde, Marcela; Los Cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas; México; 1990.

Larrauri, Elena; Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal; EUB; Barcelona; 1995.

Martín, Ligia (Coord.); El hostigamiento sexual es una forma de violencia. Denúncielo. Módulo de capacitación para el abordaje del hostigamiento sexual desde la perspectiva de género; San José, Costa Rica; Defensoría de los Habitantes de la República, Defensoría de la Mujer; 1996.

Mead, Margareth; Sexo y Temperamento**;** Paidós; 1969.

Mir Puig, Santiago; Derecho Penal Parte General. Barcelona, PPU, 1996.

Morán, Ana Lucía *et al.;* Mujeres y Prisión; ICCPG; Guatemala; 2003.

Morán Ana Lucía; Cifras de Impunidad en el Crimen policial contra mujeres; ICCPG; Guatemala; 2005.

Obando, Ana Elena; Diseño metodológico con enfoque de género para la planificación y ejecución del Programa de capacitación para la administración de justicia; ILANUD; Costa Rica.

Organización de los Estados Americanos; Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Justicia y Organización de los Estados Americanos; Inclusión social; Los desafíos de la democracia en Guatemala; Washington DC; Secretaría General; 2003.

Walker, Lenore; The Battered Women; Nueva York; Harper y Row; 1979.

Exploring Concepts of Gender and Health; Ottawa: Health Canada; 2003 http://www.hc-sc.gc.ca/english/women/exploringconcepts.htm.

Anexo I
Ficha de registro en casos de violencia sexual

Esta ficha fue elaborada por el Programa de Justicia Penal y Género del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala y fue validada y aprobada por la Unidad de Género del Instituto de la Defensa Pública Penal.

FICHA DE REGISTRO EN CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL
1. Datos Generales
Fecha
Lugar de la Entrevista
Entrevistador/a
Intérprete
Otras personas presentes
Persona a cargo de la defensa del caso:
No. de identificación del caso.
2. Datos de identificación personal de la víctima
Apellido y nombre, apodo.
Sexo: Mujer ☐ Hombre ☐
Nombre de la madre y el padre (si es pertinente
Fecha de nacimiento
Estado Civil: Soltero/a ☐ Casado/a ☐
Número de hijos/hijas
Dirección
Nacionalidad
Grupo étnico
Región de origen
Religión
Ocupación
3. Relato del caso
A) Lo que ocurrió (Los hechos que finalmente conocemos estableciendo claramente, lugar, hora, fecha, víctima y vistimario)
B) Por qué esta versión debe ser creída. (evidencia verosímil)
C) Cómo podemos estar seguros/as. (detalles auxiliares)
Lugar y fecha en la que se llena esta ficha.
Nombre y Firma de la persona que llena la ficha.